Münster i/W. 1934. No 8 Jur. Diss.

Die Verpflichtungserklärungen der Gemeinden in Preußen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechtsverkehrs nach bisherigem und neuem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Kurt Krüger
Gerichtsreferendar
aus Lübeck.

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1934

Die Verpflichtungserklärungen der Gemeinden in Preußen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechtsverkehrs nach bisherigem und neuem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Kurt Krüger
Gerichtsreferendar
aus Lübeck.

72 26

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1934

Dekan: Herr Prof. Dr. Neuwiem,
Berichterstatter: Herr Prof. Dr. Bühler,
Mitberichterstatter: Herr Prof. Dr. Neuwiem.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547224_0112

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Zweck und Ziel der Arbeit 1

I. Abschnitt.
Allgemeine Gesichtspunkte.

§ 2. Der Streit um das Wesen der kommunalrechtlichen Vertretungsvorschriften und seine praktische Bedeutung . . 4

§ 3. Der Begriff der Vertretung der Gemeinden nach außen und ihre besondere Bedeutung für die privatrechtlichen Willenserklärungen 9

§ 4. Die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Recht bei der Teilnahme der Gemeinden am bürgerlichen Rechtsverkehr. Das gemeindliche Wollen und Handeln nach den ungeschriebenen Rechtssätzen der Organlehre 12

II. Abschnitt.
Die Vertretung der Gemeinden nach außen nach der bisherigen Rechtslage.

§ 5. Kurzer Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung in den Gemeinden der altpreußischen Landesteile . . . 18

§ 6. Die gesetzlichen Grundlagen für die Vertretung der Gemeinden nach außen

I. Die Rechtslage in Preußen bis zum 31. Dezember 1933 20

II. Die Rechtslage in den außerpreußischen Ländern . . 23

§ 7. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Vertretung der Gemeinden nach außen

I. Vorbemerkungen 24

II. Der reichsgerichtliche Grundsatz von der Formbedingtheit aller gemeindlichen Verpflichtungserklärungen . 25

III. Die einzelnen Erfordernisse der formgerechten Urkunde. 29

IV. Die einschränkenden Tendenzen in der reichsgerichtlichen Lehre 32

V. Stellungnahme zu der reichsgerichtlichen Lehre . . 36

§ 8. Wesen und Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften nach den vom Reichsgericht abweichenden Theorien. 39

Seite

I. Die Theorien von der absoluten Unwirksamkeit der kommunalrechtlichen Formvorschriften für die privatrechtlichen Verpflichtungserklärungen der Gemeinden 40

II. Die Theorien von der relativen Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften für den Privatrechtsverkehr der Gemeinden 43

§ 9. Wesen und Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften nach der hier vertretenen Legitimationstheorie

I. Wille und Erklärung bei der Vertretung der Gemeinden nach außen 48

II. Die Vertretungsvorschriften der bisher geltenden preußischen Kommunalgesetze stehen auf dem Boden der Willenstheorie 50

III. Die Dezentralisation in der Gemeindeverwaltung . . 54

IV. Das Ergebnis nach der Legitimationstheorie . . . 58

III. Abschnitt.

§ 10. Die Vertretung der Gemeinden nach außen nach dem neuen preußischen Gemeinderecht vom 15. Dez. 1933

I. Allgemeines 60

II. Das personelle Recht der Vertretung der Gemeinden nach außen 63

III. Das formelle Recht der Vertretung der Gemeinden nach außen 67

IV. Die Bedeutung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung für die Vertretung nach außen 71

Schlußbetrachtung 72

§ 1.

Zweck und Ziel der Arbeit.

Auf kaum einem anderen Gebiet im Bereich des Kommunalrechts, insbesondere des preußischen Kommunalrechts, ist von jeher die Auseinandersetzung zwischen Rechtsprechung, Rechtslehre und Verwaltungspraxis so ausdauernd und in gewisser Weise leidenschaftlich, und dabei in dem Bestreben, zu einer Uebereinstimmung zu gelangen, dennoch so ergebnislos geführt worden, wie bei der Lehre von der Vertretung der Gemeinden nach außen. Folgende zwei Fragen sind es, die diese Lehre vornehmlich beschäftigen:

1) welches Organ der Gemeinde befugt ist, für sie im Rechtsverkehr, insbesondere bei ihrer Teilnahme am bürgerlichen Rechtsleben Dritten gegenüber rechtswirksam zu handeln (personelles Problem), und

2) ob und gegebenenfalls wann dieses Tätigwerden für die Gemeinde der Beobachtung der in den Gemeindeordnungen vorgesehenen besonderen Formen (wie etwa Schriftlichkeit der Erklärung oder gar besondere Urkundsform mit dem Erfordernis mehrerer Unterschriften, Beidrückung des Gemeindesiegels, Beifügung einer beglaubigten Ausfertigung des Gemeindebeschlusses und der etwa erforderlichen Genehmigung der Aufsichtsbehörde oder wenigstens Bezugnahme auf sie in der Urkunde usw.) bedarf, um wirksam zu sein (formelles Problem).

Die Beantwortung beider Fragen richtet sich nach den Vorschriften, die das Kommunalrecht, insbesondere die Gemeindeordnungen darüber enthalten. Gerade deren richtige Anwendung bereitet aber immer wieder Schwierigkeiten, besonders gilt dies für die Auslegung der kommunalrechtlichen Formvorschriften (also für das formelle Problem).

Nun ist freilich durch das neue preußische Gemeinderecht vom 15. Dezember 1933 die Rechtslage in Preußen vereinfacht worden. An die Stelle eines in zahlreichen einzelnen Gemeindeverfassungsgesetzen verstreuten uneinheitlichen Rechtes ist jetzt für Städte und Landgemeinden aller preußischen Landesteile gleiches Recht getreten. Die Vertretungsvorschriften sind zudem übersichtlicher als bisher zusammengefaßt im zweiten Teil des neuen Gemeindefinanzgesetzes unter dem Titel: „Teilnahme der Gemeinden am bürgerlichen Rechtsverkehr".

Ferner ist die Hauptstreitfrage des bisherigen Rechtszustandes, ob sich nämlich Gemeinden außerhalb der Geschäfte der laufenden Verwaltung überhaupt nur unter strenger Beobachtung der vorgeschiebenen Formen wirksam verpflichten können, jetzt in bejahendem Sinne zweifels-

frei gesetzlich festgelegt[1]). Schließlich sind Streitfragen des bisherigen Rechtes auch dadurch beseitigt, daß in Durchführung des Führerprinzipes eine gemeinschaftliche Beteiligung mehrerer Organe an der gemeindlichen Willensbildung nicht mehr stattfindet.

Dennoch soll in der vorliegenden Arbeit die Untersuchung der Vertretung der Gemeinden nach außen, wie sie sich nach der bisherigen Rechtslage in Preußen ergab, im Vordergrund stehen. Dieses Unternehmen, dem formell überholten Recht einen breiten Raum einzuräumen, findet seine Rechtfertigung darin, daß, wenn auch nicht die Gemeinden, so doch die Gerichte sich noch lange Zeit mit der Auslegung der bisher geltenden Vertretungsvorschriften werden beschäftigen müssen, nämlich in allen den Fällen, in denen es um die Gültigkeit von gemeindlichen Rechtsgeschäften geht, die vor dem 1. Januar 1934, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gemeinderechts, vorgenommen worden sind, man denke nur an den sicherlich durchaus praktischen Fall, daß der jetzige Leiter einer Gemeinde von einer lästigen Verpflichtung herunterkommen will, (z. B. Bürgschaft, Garantieübernahme, langfristiger Lieferungsvertrag), die der frühere Magistrat übernommen hat.

Es kommt hinzu die Erwägung, daß auch die Vertretungsvorschriften im neuen preußischen Gemeinderecht Anlaß zur Erörterung von Zweifelsfragen geben[2]). Das hat seinen Grund in der Schwierigkeit an sich, Vorschriften, die im Verkehr der Gemeinden mit Dritten beide Teile vor Schaden bewahren sollen, gleichzeitig so elastisch zu gestalten, daß der Gemeindeverwaltung bei ihrer unvorhersehbar mannigfaltigen Tätigkeit keine allzu hinderlichen Fesseln angelegt werden. Solange nun gutachtliche Aeußerungen über das praktische Funktionieren der neuen Vorschriften und ebenso höchstrichterliche Entscheidungen noch fehlen, — und es werden Jahre drauf hingehen, bis sich aus ihnen ein abgerundetes Bild ergeben wird —, ist die Beschäftigung mit den ausgiebigen Erörterungen über die bisherige Rechtslage wertvoll genug, um bei der Klärung von Streitfragen Hilfe zu leisten, die sich an das neue Recht anknüpfen werden.

Schließlich kommt hinzu der Gedanke, daß auch das neue preußische Gemeinderecht nur eine Zwischenlösung darstellt, „bis ein Reichsgesetz demnächst eine grundlegende Reform der Gemeindeverfassung für das ganze Reich durchführt"[3]). Gerade mit Rücksicht auf eine zukünftige reichsrechtliche Regelung erscheint es von Nutzen, alle Schwierigkeiten des Problems, besonders aber diejenigen, die auf Grund der bisherigen Rechtslage offen zutage getreten sind, noch einmal zusammenfassen,

[1]) vgl. unten S. 67/68.

[2]) so finden sich z. B. die im bisherigen Recht umstrittenen Begriffe der „Rechtsgeschäfte, durch die eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wird" und der „Geschäfte der laufenden Verwaltung" auch im neuen Recht.

[3]) so: V. Absatz der Einführungsworte zum preußischen Gemeindeverfassungsgesetz vom 15. Dezember 1933 (GS. S. 427).

durch gelegentliche Hinweise den Blick auch auf die außerpreußischen Vertretungsvorschriften und auf die der Entwürfe eines preußischen kommunalen Selbstverwaltungsgesetzes und einer Reichsstädteordnung zu lenken, um aus all diesen Unterlagen einige grundsätzliche Vorschläge abzuleiten, die vielleicht bei einer Neuregelung des gemeindlichen Vertretungsrechtes der Beachtung wert sind.

Damit ergibt sich der Aufgabenkreis und Aufbau der Arbeit folgendermaßen von selbst:

I. Abschnitt: Allgemeine Gesichtspunkte.

II. Abschnitt (Hauptabschnitt): Die Vertretung der Gemeinden nach der bisherigen Rechtslage.

III. Abschnitt: Die Vertretung der Gemeinden nach außen im neuen preußischen Gemeinderecht. Schlußbetrachtung: Vorschläge für die reichsrechtliche Neuregelung des kommunalen Vertretungsrechtes.

I. Abschnitt.

Allgemeine Gesichtspunkte.

§ 2.

Der Streit um das Wesen der kommunalrechtlichen Vertretungsvorschriften und seine praktische Bedeutung.

Die Vertretungsvorschriften in den 15 preußischen Gemeindeordnungen, die durch das neue preußische Gemeindeverfassungsgesetz vom 15. Dezember 1933[1]) und durch das neue preußische Gemeindefinanzgesetz vom gleichen Tage[2]) außer Kraft gesetzt worden sind[3]), wichen in der Art der vorgeschriebenen Formen mehr oder weniger voneinander ab, waren in ihrer Anlage unübersichtlich und in ihrem Wortlaut unklar und mißverständlich. So enthält § 56 der Städteordnung für die östlichen Provinzen Preußens vom 30. Mai 1853, die ihrem Anwendungsbereich nach bedeutendste dieser Vorschriften, folgende Bestimmung:

> „Der Magistrat hat als Ortsobrigkeit und Gemeindeverwaltungsbehörde insbesondere folgende Geschäfte:
> 1—7. . .
> 8. die Stadtgemeinde nach außen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln, den Schriftwechsel zu führen und die Gemeindeurkunden in der Urschrift zu vollziehen. Die Ausfertigungen der Urkunden werden namens der Stadtgemeinde von dem Bürgermeister oder seinem Stellvertreter gültig unterzeichnet; werden in denselben Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen, so muß noch die Unterschrift eines Magistratsmitgliedes hinzukommen; in Fällen, wo die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, muß dieselbe in beglaubigter Form der gedachten Ausfertigung beigefügt werden".

---

[1]) GS. S. 427 ff.; es soll im Folgenden abgekürzt werden: Gem.V.G., da unter der geläufigen Abkürzung G.V.G. das Gerichtsverfassungsgesetz verstanden wird.

[2]) GS. S. 442 ff., entsprechend abgekürzt: Gem.F.G.

[3]) Nach § 70 I Gem.G.V. und § 147 I Gem.F.G. treten die bisherigen preußischen Gemeindeordnungen nicht als solche außer Kraft, sondern nur die dem neuen Recht entgegenstehenden, mit ihm nicht zu vereinbarenden oder sonst überholten Vorschriften. Die in der gleichen Vorschrift angekündigte Verordnung des Min.d.Innern, durch die die danach außer Kraft getretenen Vorschriften verbindlich bezeichnet werden sollen, ist noch nicht erschienen. Es kann aber kein Zweifel darüber obwalten, daß das Vertretungsrecht der bisherigen Gemeindeverfassungsgesetze insgesamt unter die aufgehobenen Rechtsvorschriften fällt (vgl. die vorl. Ausf. Anw. zum Gem. F.G. MinBl. f. Inn. Verw. 1933 S. 1501 ff. (1502 b).

Diese Vorschrift regelt also, wie übrigens ebenso die Vertretungsvorschriften in fast allen anderen bisherigen preußischen Gemeindeverfassungsgesetzen[4]), wer die Gemeinde nach außen vertritt und wie die formgerechte Ausfertigung einer Urkunde aussehen muß, in der die Gemeinde eine Verpflichtung übernimmt, sie regelt aber, mindestens prima facie, nicht selbst die Frage, wann zur rechtsgültigen Verpflichtung einer Gemeinde die Ausstellung einer Urkunde nötig wird. In der Entscheidung dieser Frage lag für das bisherige Recht die Hauptschwierigkeit.

Das Reichsgericht war allerdings der Ansicht, daß auch diese dritte Frage mit der Bestimmung geregelt sei; es hat nämlich in einer langen Reihe von Entscheidungen[5]) zur Gültigkeit gemeindlicher Willenserklärungen immer wieder den formell strengen Standpunkt eingenommen, daß sich Gemeinden überhaupt nicht anders wirksam verpflichten können, als durch Abgabe einer Erklärung in der Form, die den Vorschriften der Kommunalgesetze entspreche. Nach der reichsgerichtlichen Lehre sind mündliche Verpflichtungserklärungen für die Gemeinden und ebenso formlose schriftliche Erklärungen auch in den Fällen unwirksam, in denen nach privatrechtlichen Grundsätzen Mündlichkeit der Erklärungen genügt. In folgerichtiger Durchführung dieses Grundsatzes hat das RG. beim Mangel eines Formerfordernisses Verpflichtungserklärungen der Gemeinden und ebenso auf solchen fehlerhaften Erklärungen beruhende Verträge zwischen ihnen und Dritten für nichtig erklärt.

Dieses Ergebnis hat für die Gemeinden oft recht unangenehme Folgen gehabt[6]). Immer wieder wurde die Gültigkeit gemeindlicher Verträge, oft genug gerade langfristiger oder solcher mit finanziell bedeu-

---

[4]) nur die Vertretungsvorschriften in der aus vorpreußischer Zeit stammenden revidierten Städteordnung für Hannover vom 24. Juni 1858 und in dem Hannoverschen Gesetz, betreffend die Landgemeinden, vom 28. April 1859 weichen auch in ihrer Anlage ab.

[5]) Die erste veröffentlichte Entscheidung ist vom 13. Oktober 1882 (Gruch. Beitr. 26/1078), die jüngste vom 3. März 1933 (HRR. 1933 Nr. 1234), dazwischen sind über 50 reichsgerichtliche Entscheidungen veröffentlicht worden, von denen allerdings manche nur Teilprobleme behandeln. Die meisten dieser Entscheidungen sind bei der Darstellung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung unten in § 7 verwertet worden.

[6]) vgl. z. B. RG. in RGZ. 121/14=JW. 1928/2128: Eine Stadt hatte mit einem ihrer Angestellten einen Vertrag abgeschlossen, wonach dieser gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe seines achtfachen Monatsgehaltes in die Aufhebung seines Dienstvertrages einwilligte. Die Stadt zahlte ihm die Abfindung auch aus. Nachdem mehr als ein Jahr vergangen war, klagte der Angestellte gegen die Stadt auf Nachzahlung seines Gehaltes mit der Begründung, daß er nicht rechtswirksam aus dem Dienst der Gemeinde ausgeschieden sei, weil diese ihre Verpflichtungserklärung zur Zahlung der Abfindung nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgegeben habe.

Das Reichsgericht hat der Klage stattgegeben und, da der Prozeß längere Zeit gedauert hatte, die Stadt verurteilt, dem Kläger sein Gehalt für mehrere Jahre nachzuzahlen.

tendem Vertragsinhalt in Frage gestellt (so z. B. Darlehnsverträge, Garantieverträge, Werkverträge über Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität, Miet- und Pachtverträge (Jagdpachtverträge), Privatdienstverträge, Bürgschaften usf.)[7]). Andererseits drohte die Forderung nach strenger Beobachtung der kommunalrechtlichen Formvorschriften bei der Vornahme der vielen Rechtsgeschäfte, die in der Verwaltung der Gemeinden, zumal der größeren von ihnen, täglich vorkommen, die gemeindliche Verwaltung außerordentlich stark zu hemmen — wiewohl hinzugefügt werden muß, daß die Fälle der Beanstandung nur einen kleinen Teil der Fälle ausmachen, in denen die Vorschriften der Kommunalgesetze anzuwenden gewesen wären und doch nicht angewendet worden

---

[7]) Zum Beweise für den Einfluß der reichsgerichtlichen Lehre, aber auch ihre für die Gemeinden häufig unheilvollen und kostspieligen Auswirkungen sei noch der folgende Fall aus der Praxis mitgeteilt, der eigentlich die Veranlassung zu der vorliegenden Arbeit gegeben hat: Eine Stadtgemeinde in der Provinz Schleswig-Holstein hatte während des Krieges von einem privaten Geldgeber ein Darlehn von ungefähr 1 Million Mark aufgenommen und dem Darlehnsgeber einen Schuldschein ausgehändigt, der, wie es im § 60 Ziff. 7 der Schlesw.-Holst. Städteordnung von 1869 für Ausfertigungen von Verpflichtungsurkunden vorgeschrieben ist, die Unterschriften des Bürgermeisters, eines weiteren Magistratsmitgliedes und ferner die des Stadtverordnetenvorstehers und seines Stellvertreters, nicht aber die Bezugnahme auf die Genehmigung des Bezirksausschusses trug.

Im Jahre 1927 löste die Stadt unter Berufung auf das Anleiheablösungsgesetz vom 16. Juli 1925 (RGBl. I/137 ff.) ihre Verpflichtung mit Ablösungsanleihe im Nennbetrage von 2½ % des Goldwertes der gewährten Darlehnssumme ab (§§ 40, 41 in Verb. mit § 31 a.a.O.). Der Geldgeber gab sich damit nicht zufrieden und klagte auf Rückzahlung des vollen Goldwertes nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung mit der Begründung, daß das Anleiheablösungsgesetz nur auf gültige Darlehnsverträge Anwendung finden könne, ein gültiger Darlehnsvertrag zwischen der Gemeinde und ihm aber garnicht zustande gekommen sei, weil in dem Darlehnsschuldschein die nach der StO. vorgeschriebene Bezugnahme auf die bei Aufnahme einer Anleihe erforderliche und erfolgte Genehmigung der Aufsichtsbehörde fehle und sich Gemeinden nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht anders wirksam verpflichten könnten als durch eine den Vertretungsvorschriften genau entsprechende Urkunde.

Die Stadt wandte im Prozeß ein, daß der Abschluß des Darlehnsvertrages in voller Uebereinstimmung mit entsprechenden Beschlüssen der Stadtverordnetenversammlung erfolgt sei, und daß auch die erforderliche Genehmigung des Bezirksausschusses tatsächlich vorgelegen habe. Für die Richtigkeit dieser Einwendungen trat sie Beweis an.

Nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung hätte der Klage stattgegeben werden müssen, ohne daß es auf die Erhebung des angebotenen Beweises angekommen wäre. In der Voraussicht eines solchen Prozeßausganges verglich sich aber die Stadt mit dem Kläger, dem die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil gegen eine Gemeinde mit Schwierigkeiten verbunden zu sein schien, und zahlte etwa den sechsfachen Betrag der Summe in bar, den sie dem Kläger nach dem Anleiheablösungsgesetz in Ablösungsanleihe hätte gegen müssen. In diesem Falle kam die Gemeinde mit ihrer Unterlassung, die sieben Worte: „Unter Bezugnahme auf Genehmigung des Bezirksausschusses" in den Schuldschein aufzunehmen, noch verhältnismäßig glimpflich davon. Andere Gemeinden haben in gleichen Fällen wiederholt den vollen Goldwert zurückzahlen müssen.

Fälle wie der vorerwähnte sind häufiger vorgekommen, als es der Oeffentlichkeit begreiflicher Weise bekannt geworden ist. In ihnen zeigen sich die unerträglichen und unbilligen Folgen der reichsgerichtlichen Lehre ganz besonders.

sind. Es ist daher erklärlich, daß in dem Maße, wie der Aufgabenkreis der Gemeinden auf wirtschaftlichem Gebiet und damit die Bedeutung ihrer Teilnahme im bürgerlichen Rechtsleben zunahm, die reichsgerichtliche Lehre von der Formbedingtheit aller gemeindlichen Verpflichtungserklärungen in der Praxis immer mehr auf Widerstand stieß. Diese Auseinandersetzung mit dem Reichsgericht begann bald nach Inkrafttreten des BGB.[8]), erhielt mehr und mehr Unterstützung, sogar gelegentlich in der Rechtsprechung einiger preußischer Oberlandesgerichte, und fand ihren Höhepunkt in der 1916 erschienenen vielbeachteten Monographie von Helfritz über „Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens", deren Ergebnis sich das Preuß.OVG. in einem allerdings allein dastehenden Urteil vom 25. Januar 1916[9]) im wesentlichen angeschlossen hat. Aber trotz aller Anstrengungen gelang es nicht, das Reichsgericht von seiner Lehre abzubringen, sofern man davon absieht, daß es aus Gründen der besseren Durchführbarkeit seines Grundsatzes in der Praxis einige Ausnahmen von der Forderung nach genauester Beobachtung der vorgeschriebenen Formen zugelassen hat.

Man würde aber dem Reichsgericht Unrecht tun, wollte man annehmen, daß es allen Ueberzeugungsversuchen zum Trotz ohne gute Gründe an seiner Lehre festgehalten hat[10]). Wenn auch den Gegnern des RG. gemeinsam die Tendenz war, die Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften möglichst einzuschränken, so haben sie sich doch weder in der Begründung noch im Ergebnis ihrer Auffassung auf eine gemeinsame Formel einigen können. Während eine Richtung jede

---

[8]) Als erster im Schrifttum hat sich 1902 Nußbaum (im ArchbürgR. 21/1 ff., — wie er selbst sagt, angeregt durch einen praktischen Fall, — mit dem Wesen und der Bedeutung der Vertretungsvorschriften beschäftigt. Wenn er auch nicht offen die Rechtsprechung des Reichsgerichts als falsch bezeichnet, so steht doch seine Auffassung, daß den Vertretungsvorschriften der Kommunalgesetze keinerlei Einfluß auf die Gültigkeit privatrechtlicher Erklärungen zukomme, in schärfstem Gegensatz zu ihr.

[9]) OVGE. 70/263 ff.

[10]) Sonst wäre es auch nicht gut zu verstehen, daß die Grundsätze der reichsgerichtlichen Lehre in einzelnen von acht verschiedenen seiner neun Zivilsenate nachgeprüft und für richtig befunden worden sind. vgl. dazu besonders:

für den	1.	Zivilsenat:	RGZ. 50/23;
„ „	2.	„	RGZ. 64/409, 115/313;
„ „	3.	„	JW. 1905/446, RGZ. 121/14;
„ „	4.	„	GruchBeitr. Bd. 34, S. 735.
„ „	5.	„	RGZ. 31/323, JW. 1922/392,
„ „	6.	„	JW. 1925/1614;
„ „	7.	„	RGZ. 67/269, 82/7;
„ „	8.	„	—
„ „	9.	„	RGZ. 139/58.

Nur der 8. Zivilsenat hat also bisher keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. Der 1. Senat hat zwar in RGZ. 50/23 eine von der Auffassung der übrigen Senate abweichende Haltung eingenommen, diese aber, wie sich aus RGZ. 115/314 ergibt, nicht mehr aufrechterhalten. — Das Reichsarbeitsgericht hat sich ebenfalls angeschlossen (JW. 1929/3409).

materiellrechtliche Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften bestreitet, leugnet eine andere einen Einfluß auf die Gültigkeit privatrechtlicher Erklärungen der Gemeinden. Nach einer weiteren Meinung müssen die Formvorschriften dann beobachtet werden, wenn rein faktisch die Erklärung schriftlich abgegeben wird, nach wiederum einer anderen, wenn sie nach dem Willen der Vertragsparteien schriftlich erfolgen soll. Nach Helfritz und dem preuß. OVG. schließlich kommt es darauf an, ob nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts Schriftlichkeit der Erklärung erforderlich ist.

Diese Vielfältigkeit und Uneinheitlichkeit in der Bekämpfung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung war zugleich ihre innere Schwäche. Hinzu kam, daß immer wieder sachlich unbegründete Vorwürfe gegen das Reichsgericht erhoben wurden, die an der wirklichen Fehlerquelle seiner Lehre vorbeigingen, wie etwa der, daß es bei der Auslegung der Vertretungsvorschriften sich nicht aus seiner zivilrechtlichen Vorstellungswelt zu befreien vermöge.

Auch nach dem Erscheinen der erwähnten Schrift von Helfritz hat es nicht an Vertretern der Rechtslehre und der Verwaltung gefehlt, die mit den Ergebnissen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht zufrieden waren. Allein es schien, als wenn es zu einer Einigung doch nicht mehr kommen würde. Daher lief schließlich die Stellungnahme in den Kommentaren zu den Gemeindeordnungen und im Schrifttum durchweg darauf hinaus, daß die reichsgerichtliche Lehre rechtlich falsch und praktisch unhaltbar sei, daß sich aber die Gemeinden dessenungeachtet notgedrungen nach ihr richten müßten, weil eben die Entscheidung über die Gültigkeit gemeindlicher Rechtsgeschäfte bei den Zivilgerichten und somit in letzter Instanz beim RG. liege[11]) [12]). So verlief die Auseinandersetzung über die für den Rechtsverkehr der Gemeinden so außerordentlich bedeutsame Auslegung der kommunalrechtlichen Vertretungsvorschriften für alle Teile unbefriedigend und sie ist es bis heute geblieben.

Die Problematik der Vertretung nach außen hat übrigens nicht nur für die Gemeinden, sondern auch für die Samtgemeinden, Zweckverbände, Kreise und Provinzen eine große Bedeutung[13]). Es würde in-

---

[11]) so z. B. Loewe, S. 12; Loschelder StO. S. 220; Dierkes-Kleinsorg S. 210; Wacke S. 90; Fischer PrVBl. Bd. 40/311 a. E.; anders z. B. Schmidt-Odenbreit S. 405 ff., der die reichsgerichtliche Lehre für richtig hält.

[12]) Es handelt sich hierbei jedoch keineswegs um eine Zuständigkeit der Zivilgerichte in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten. Die der Entscheidung unterliegenden Ansprüche sind privatrechtlicher Natur. Nur die Vorfrage, ob die Gemeinden bei der Vornahme der Rechtsgeschäfte ordnungsmäßig vertreten sind, ist öffentlichrechtlicher Natur (vgl. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 14).

[13]) vgl. dazu u. a. § 91 der Prov.O. f. d. östl. Prov. v. 29. 6. 1875/22. 3. 1881, ferner § 137 der KreisO. f. d. östl. Prov. v. 11. 3. 1881. Genaue Nachweise für die übrigen Kreis- und Provinzialordnungen finden sich bei Heymann, Festgabe, Bd. IV. S. 290 ff., sowie für die ähnlich lautenden Bestimmungen der kirchlichen Gesetze bei Heymann a.a.O. S. 292 Anm. 3.

dessen die Arbeit mit zuviel positivrechtlichen Bestimmungen belasten und ihren einheitlichen Gedankengang unnötigerweise beeinträchtigen, wenn die Untersuchung auch auf die Vertretung der Kommunalverbände erstreckt würde. Diese Beschränkung der Arbeit auf die Gemeinden ist um so berechtigter, als auch das neue Kommunalrecht das Verfassungsrecht der Gemeinden und das der Gemeindeverbände gesondert voneinander regelt. Eine Ausnahme bildet freilich das Gemeindefinanzgesetz vom 15. Dez. 1933, das sowohl für Gemeinden als auch für Gemeindeverbände gilt (§ 142 GemFG.). Uebrigens werden sich die grundsätzlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit nicht allzuschwer auf die Vertretungsvorschriften der Kommunalverbände übertragen lassen.

§ 3.

Der Begriff der Vertretung der Gemeinden nach außen und ihre besondere Bedeutung für die privatrechtlichen Willenserklärungen.

Zunächst bedarf es noch der Feststellung, in welchem Sinne von der Vertretung der Gemeinden nach außen des ferneren die Rede sein soll. Zweckmäßig erfolgt die Abgrenzung dieses Begriffes gegen jede Art von „Vertretung der Gemeinde". Wie Verschiedenartiges nach unserem Sprachgebrauch darunter fallen kann, ergibt sich aus folgenden fünf Beispielen:

1) Der Oberbürgermeister A nimmt an einer gesellschaftlichen Veranstaltung teil „als Vertreter der Stadt X".

2) Der Rechtsanwalt B vertritt in einem Prozeß vor dem Landgericht die Stadt Y.

3) „In den Städten wird ein Magistrat und eine Stadtverordnetenversammlung gebildet, welche nach näherer Vorschrift dieses Gesetzes dieselben „vertreten" (Wortlaut des § 10 S. 1 der östl. St.O.).

4) Der Stadtsyndikus C „vertritt" in einem Prozeß vor dem Amtsgericht die beklagte Stadt Y.

5) Der Magistrat der Stadt Z schließt einen Vertrag mit D und „vertritt dabei die Stadt nach außen".

Die Vertretung der Stadt durch ihren Oberbürgermeister trägt in dem obenbezeichneten Fall lediglich repräsentativen Charakter und zielt auf eine unmittelbare rechtliche Wirkung nicht ab; sie ist daher auch rechtlich irrelevant und entzieht sich juristischer Betrachtungsweise.

Im Falle der Vertretung des Rechtsanwaltes B haben wir es mit einem Falle privatrechtlicher Stellvertretung zu tun. Hier liegt indes keine echte „Vertretung der Gemeinde" im technischen Sinne vor. Von einer solchen kann nur dann die Rede sein, wenn ein Organ für die Gemeinde auftritt, nicht dagegen, wenn, wie hier, ein Stellvertreter auf

Grund einer zivilistischen Rechtsbeziehung mit Wirkung für die Gemeinde handelt[1]).

In den übrigen drei Fällen handelt es sich um echte „Vertretung der Gemeinde", indessen sind auch dabei noch Unterschiede zu beachten.

Wenn die Städteordnung davon spricht, daß Magistrat und Stadtverordnetenversammlung die Stadt „vertreten", so meint sie damit, daß diese beiden Organe an oberster Stelle verfassungsmäßig berufen seien, durch ihre Beschlußfassung den Gemeindewillen zu bilden[2]). Diese Willens b i l d u n g der Gemeinde ist zunächst nur wirksam im inneren Lebensbereich der Gemeinde, sie bezeichnet man wohl als Vertretung der Gemeinde nach innen. Damit dieser Wille der Gemeinde auch in der Außenwelt, Dritten gegenüber, Wirkungen hervorruft, muß noch etwas hinzutreten, nämlich ein Handeln nach außen gegenüber dem Dritten seitens der Gemeinde. In dieser Handlung nach außen, mithin vornehmlich in der Willens e r k l ä r u n g, in dem, was sich zwischen der Gemeinde, vertreten durch ihr Organ, und dem Dritten abspielt, in der „rechtsverbindlichen Erklärung des Gemeindewillens"[3]), liegt die „Vertretung nach außen".

Die Vertretung nach außen kann sein eine materiellrechtliche oder eine prozessuale, je nachdem, ob die Vertretungshandlung materiellrechtliche Wirkungen (Rechtshandlung im materiellrechtlichen Sinne) oder ob sie prozessuale Wirkungen (Prozeßhandlung) hervorrufen soll[4]). In den obengenannten Fällen ist also die Tätigkeit des Stadtsyndikus C eine Vertretung nach außen im prozessualen Sinne[5]), die des Magistrats der Stadt Z Vertretung nach außen im materiellrechtlichen Sinne.

Hier soll nur die materiellrechtliche Vertretung nach außen behandelt werden. Aber auch nicht die Vertretung der Gemeinde nach außen in

---

[1]) Helfritz, Vertretung, S. 102.

[2]) Loschelder, östl. St.O. S. 78 bemerkt zu Recht, daß unter die Vertretung im Sinne des § 10 weder die Verwaltung der Stadtgemeinde, noch deren Vertretung nach außen falle, weil beide Funktionen dem Magistrat ausschließlich übertragen seien (§ 10 S. 2, § 56 Nr. 8 ö.StO.); ähnlich Preuß. Amtsrecht S. 337/338; Oertel S. 74, Ziff. 3; Helfritz in Brauchitsch VII S. 335; Dierkes-Kleinsorg S. 46.

[3]) so Oettich S. 89.

[4]) In den älteren Gemeindeordnungen wird bisweilen nur die materiellrechtliche vertretung als „Vertretung nach außen" bezeichnet, die prozessuale Vertretung nicht in sie einbegriffen. So heißt es z. B. im § 33 der östl. Gem.O. vom 11. März 1850: „Der Gemeindevorstand hat insbesondere folgende Geschäfte:
„5. Die Gemeinde in Prozessen zu vertreten und namens derselben . . . .
9. Die Gemeinde nach außen zu vertreten und namens derselben . . ."

[5]) Die Lehre von der prozessualen Vertretung nach außen befaßt sich mit der Frage, wer im Prozeß vor den ordentlichen oder Verwaltungsgerichten die Gemeinde gültig vertreten kann, wie dieses Gemeindeorgan sich legitimieren muß (vgl. z. B. § 73 Abs. 3 LVG.), und ob die Gültigkeit der von diesem Organ vorgenommenen Prozeßhandlungen von dem Erfordernis vorheriger Beschlußfassung der Gemeindevertretung berührt wird, ferner auch mit der Frage, an wen Zustellungen für die Stadt wirksam erfolgen können. vgl. hierzu: Boldt S. 95, Anm. 10; Stier-Somlo, Handbuch S. 113 ff.; Loschelder StO. S. 217/218; Neubauer-Kleinsorg S. 210 Anm .2; Schmidt-Odenbreit S. 410 ff; Dierkes-Kleinsorg S. 207 b.

diesem Sinne bei jeder Art von Rechtshandlungen wird in den Rahmen der Untersuchung einbezogen werden. Ausscheiden soll einmal die Vertretung bei den für die Gemeinde vorgenommenen Realakten (z. B. Uebergabe, Vermischung)[6]). Ausscheiden sollen ferner von den Willenserklärungen der Gemeinden diejenigen, die auf öffentlichrechtlichem Gebiet liegen. So weist Helfritz[7]) mit Recht auf den Fall hin, daß eine Gemeinde sich an der Gründung einer öffentlichrechtlichen Genossenschaft (z. B. Wassergenossenschaft) beteiligen will. Ebenfalls gehört hierher der Fall, daß eine Gemeinde mit einem ihrer Steuerpflichtigen vertragliche Abmachungen über die Höhe der von ihm zu entrichtenden Steuer oder einer zu zahlenden Abfindung oder über Gewährung steuerlicher Erleichterungen trifft[8]). Die Vertretung der Gemeinde bei solchen Willenserklärungen, die auf eine rein öffentliche Wirkung abzielen, hat bisher zu erheblichen Anständen nicht geführt, und sie soll deshalb hier nicht berührt werden. Sehr viel wichtiger bei der großen Bedeutung gemeindlicher Tätigkeit im bürgerlichen Rechtsleben sind die Willenserklärungen der Gemeinden auf privatrechtlichem Gebiet, und hier wiederum die Willenserklärungen, die „eine Verpflichtung für die Gemeinde begründen", weil für sie, wenn sie sich in einer Urkunde vollziehen, die Kommunalgesetze regelmäßig die Beobachtung bestimmter Formen vorsehen. Um die Voraussetzungen der Gültigkeit dieser Verpflichtungserklärungen der Gemeinde dreht sich auch fast ausschließlich der oben § 2 angedeutete Meinungsstreit. Auch die besonderen Vertretungsvorschriften im neuen preußischen Gemeindefinanzgesetz sind zusammengefaßt unter dem Titel: „Teilnahme der Gemeinde am bürgerlichen Rechtsverkehr", wobei „bürgerlicher Rechtsverkehr" so viel bedeutet wie „Privatrechtsverkehr". Weiter gelten, wie im bisherigen Recht, besondere Formvorschriften bei Vornahmen von Rechtsgeschäften, „durch die eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wird" (§ 45, I Gem.FG.).

Daß allein die Vertretung der Gemeinde bei Vornahme von verpflichtenden Rechtsgeschäften im bürgerlichen Recht im Mittelpunkt des Interesses und des Meinungsstreites steht, beruht nicht auf Zufall und ist auch nicht allein darauf zurückzuführen, daß mit der Möglichkeit zur Abgabe solcher Erklärungen die Verwaltung und damit die Existenz einer Gemeinde steht und fällt. Anders als die Voraussetzungen der Willenserklärungen natürlicher Personen und juristischer Personen des Privatrechts, die sich ausschließlich nach privatrechtlichen Grundsätzen richten, und anders als die auf öffentlichrechtlichem Gebiet liegenden Willenserklärungen der Gemeinden, für die allein öffentlichrechtliche Vorschriften maßgebend sind, müssen die Voraussetzungen privatrechtlicher

---

[6]) z. B. Frage nach dem Erwerb von Besitz für eine Gemeinde, vgl. Stier-Somlo S. 112; Oertel S. 405.

[7]) Vertretung S. 3.

[8]) Bühler S. 351 ff., insbes. III. 2 (S. 353).

Willenserklärungen der Gemeinden, wie übrigens aller öffentlichrechtlichen Körperschaften, zum Teil nach öffentlichem Recht, zum anderen Teil nach Privatrecht beurteilt werden[9]). Diese Erscheinung macht immer wieder große Schwierigkeiten, sie läßt sich aber leicht klären, wenn man sich die Grundsätze der Organlehre vor Augen führt, nach denen sich das Wollen und Handeln der Gemeinden vollzieht, und dabei scharf unterscheidet zwischen verbandsrechtlichen und individualrechtlichen Vorschriften.

§ 4.

Die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Recht bei der Teilnahme der Gemeinden am bürgerlichen Rechtsverkehr. Das gemeindliche Wollen und Handeln nach den ungeschriebenen Rechtssätzen der Organlehre.

Gemeinden sind Korporationen[1]) (Körperschaften), juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Willens-, Handlungs-, Delikts- und Prozeßfähigkeit. Sie sind aber nicht, wie die romanistische Lehre angenommen hatte, „personae fictae", bloß vorgestellte Personen, sondern nach der längst zum Siege gelangten, von Beseler begründeten und insbesondere von Otto v. Gierke ausgebauten deutschrechtlichen Genossenschaftstheorie „reale Verbandspersonen". Als wirklich existierende Wesen vermögen sie innerhalb des Bereiches der Gemeindeangelegenheiten[2]) durch Organe als die „rechtlich geordneten Vermittler eines einheitlichen Gemeinlebens"[3]) zu wollen und zu handeln[4]).

Die Organlehre Gierkes ist freilich nicht unangefochten geblieben. Insbesondere hat neuerdings Hans J. Wolff in seinem tiefgründigen und kritischen Werk: „Organschaft und Juristische Person"[5]) ihr entgegengehalten, daß, wenigstens vom rechtsphilosophischen und soziologischen Standpunkt aus gesehen, die juristische Person gar kein Organis-

---

[9]) Darauf mag es übrigens zurückzuführen sein, daß über die Grundsätze für die privatrechtliche Betätigung der Gemeinden in den Lehrbüchern, ja selbst in größeren Darstellungen sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts, nicht viel mehr zu finden ist als ein gelegentlicher Hinweis auf einige wichtige Grundgedanken oder besonders bedeutsame Entscheidungen des RG.; vgl. z. B. Enneccerus-Nipperdey I § 145 II, 2; Jellinek S. 73.

[1]) so ausdrücklich z. B. § 9 östl.StO.; § 8 rhein. StO.; § 5 östl. LGO.; § 1 bad. GO.

[2]) Helfritz, Vertretung S. 49 ff.; nach ihm kommen die Vorschriften für die Vertretung nach außen nur dann in Frage, wenn das handelnde Organ in eigener Angelegenheit der Gemeinde, nicht auch dann, wenn es im übertragenen Wirkungskreise des Staates als Obrigkeit in Tätigkeit tritt (S. 66/67 a.a.O.), vgl. auch Stier-Somlo S. 109/110.

[3]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 624.

[4]) Gierke, a.a.O. S. 603 ff., Schoen S. 71 f.

[5]) Band I.: „Juristische Person und Staatsperson" 1933, Band II.: „Theorie der Vertretung" 1934.

mus und kein Rechtssubjekt sei, da sie weder als Wesen noch als Interessenträger angesehen werden könne, daß sie aber auch kein Pflichtobjekt sei, weil sie weder vernünftiger Einsicht, noch eines Willens fähig sei. Ohne zu einer Fiktion zu greifen, sei die juristische Person nur ein Kompler von Rechtsbeziehungen, die durch ihre Satzung und deren Ergänzung und Legalisierung durch die übergeordnete Rechtsordnung (insgesamt Organisation) normiert seien[6]).

Eine Auseinandersetzung mit diesen Ergebnissen der Wolffschen Lehre liegt weder im Sinn noch im Rahmen dieser Arbeit. Für die Auslegung der kommunalrechtlichen Vertretungsschriften kommt es auch weniger auf den philosophischen und soziologischen Gehalt des Begriffs der juristischen Person an, als auf ihre Behandlung im positiven Recht. Und gerade von einem vor das positive Recht gerückten Standpunkt erkennt auch Wolff den Wert der Organlehre Gierkes an[7]). An ihr, die übrigens auch heute noch für die Beurteilung der Vertretung der Gemeinden nach außen maßgebend ist[8]), soll im folgenden festgehalten werden, und zwar deshalb umsomehr, weil es deutschrechtlicher Auffassung entspricht, in einem rechtlich geordneten Personenverband nicht nur ein unpersönliches „rechtstechnisches Zurechnungssubjekt"[9]) zu sehen, sondern einen lebensvollen, in ständiger Fortentwicklung befindlichen Organismus mit persönlicher Qualität.

Auch das positive Recht, insbesondere das BGB. stellt die juristische Person als vollwertiges und wesenhaftes Rechtssubjekt an die Seite der natürlichen Person und läßt beide in gleicher Weise am Rechtsleben, insbesondere auch am bürgerlichen Rechtsverkehr teilnehmen. Das führt zu der selbstverständlichen Folge, daß die juristische Person, ebenso wie die natürliche Person, grundsätzlich allen privatrechtlichen Individualrechtssätzen unterliegt. Freilich ergibt sich aus der Natur der Sache, daß solche individualrechtlichen Vorschriften, die begrifflich nur auf natürliche Personen zugeschnitten sind, wie etwa die §§ 1—20 BGB., die von den natürlichen Personen handeln[10]), ferner die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104—115 BGB.), die ebenfalls menschliche Individualität voraussetzen, ferner das gesamte Familienrecht und

---

6) Wolff, Bd. I. S. 229; ein Nachweis der übrigen Gegner der Gierkeschen Organlehre findet sich a.a.O. S. 17, Anm. 1.

7) a.a.O. S. 16/17.

8) vgl. Jansen, Vertretung, S. 51. Die einschlägige bisherige Rechtsprechung und Literatur steht wohl ausnahmslos auf dem Boden der Gierkeschen Lehre, so das RG., vgl. unten § 7 V und insbesondere RG. in JW. 1922/392, das Preußische OVG. in OVGE. 70/263, Helfritz Vertretung S. 29 ff., Loewe S. 11 ff.; Neumiem S. 188, Peters S. 117 ff.

9) Wolff, Bd. I, S. 230 a. E.

10) Eine Ausnahme macht § 12 BGB., der von der Rechtsprechung auf juristische Personen analog angewendet wird, so RGZ. 74/114 f., RGZ. 101/16: Eine Stadt kann die Bezeichnung eines Theaters als „Stadttheater" untersagen, wenn diese Bezeichnung den Anschein erweckt, als wenn das Unternehmen von ihr geleitet oder unterstützt werde, vgl. auch Enneccerus-Nipperdey I § 93, VI 1; Stier-Somlo S. 102.

das passive Erbrecht, auf Verbandspersonen sowohl des privaten wie des öffentlichen Rechtes keine Anwendung finden können. Alle anderen Individualrechtssätze des Privatrechts, so z. B. die des 3. Abschnittes des Allgemeinen Teiles des BGB., die Vorschriften des Schuldrechts, des Sachenrechtes, des aktiven Erbrechts, des Handels- und Wechselrechtes usf. finden auf die privatrechtliche Tätigkeit der Gemeinden in gleicher Weise Anwendung wie auf die natürlichen Personen, es sei denn, daß ausdrücklich etwas anderes gesetzlich geregelt ist[11]).

Diesen Individualrechtssätzen gegenüber stehen die Verbandsrechtsnormen[12]) [13]). Wenn auch die Verbandspersonen, wie wir gesehen haben, genau so unter die privatrechtlichen Individualrechtssätze fallen, wie die natürlichen Personen, so ergibt sich doch zwischen dem Tätigwerden beider im Privatrechtsverkehr ein ganz grundlegender Unterschied. Die rechtliche Existenz der natürlichen Personen wird begrenzt durch natürliche Tatsachen, durch Geburt und Tod, das Wollen und Handeln geschieht durch natürliche Organe. Während der Organismus der natürlichen Person rechtlicher Normierung völlig unzugänglich ist, kann eine Verbandsperson nicht anders als durch Rechtsakt zur Entstehung gelangen und ebenso nur durch Rechtsakt ihre Rechtsfähigkeit verlieren. Da sich aber eine solche Verbandsperson aus einer Vielheit natürlicher Personen zusammensetzt, bedarf es rechtlicher Regelung, welche dieser natürlichen Personen den Willen der Verbandsperson bilden sollen, und welche Personen gegenüber Dritten mit Rechtswirksamkeit für die Verbandsperson handeln können, m.a.W., wer die Gemeinde nach innen und wer sie nach außen vertritt, und wieweit diese Organmacht (Willens- oder Erklärungsmacht) reicht. Alle diese Rechts-

---

11) so sind z. B. für Behörden durch Art. 12 Preuß. AG. BGB. die Formvorschriften des § 313 BGB. erleichtert.

12) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 155 ff. und Helfritz, Vertretung, S. 30 ff. nennen sie „Sozialrechtsnormen". Der Gegensatz Individualrecht — Sozialrecht klingt sprachlich besser. Da aber der Begriff Sozialrecht = soziales Recht auch i. S. von Wohlfahrts- und Fürsorgerecht gebraucht wird, soll zur Vermeidung von Mißverständnissen von „Verbandsrecht" die Rede, damit aber dasselbe gemeint sein, was von Gierke und Helfritz als Sozialrecht bezeichnen.

13) Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 26 formuliert den Gegensatz folgendermaßen:

„Individualrecht ist das Recht, insoweit es die menschlichen Willensträger als Einzelwesen zueinander in Beziehungen setzt. Das Individualrecht behandelt daher vor Allem die einzelnen Menschen als in sich abgeschlossene Einheiten. Es ergreift aber auch die menschlichen Verbände, wenn und soweit es dieselben als zusammengesetzte Einheiten den Individuen gleichstellt. Das Individualrecht beruht auf dem Verhältnis der Nebenordnung und geht von der Unverbundenheit der Subjekte aus.

Sozialrecht ist das Recht, insoweit es die Beziehungen der menschlichen Willensträger als Gesellschaftswesen ordnet. Das Sozialrecht behandelt die einzelnen Menschen als Glieder von höheren Ganzen, die menschlichen Verbände als gesellschaftliche Ganze (Gemeinwesen) oder wiederum als Glieder von höheren Verbandsganzen. Es beruht auf dem Verhältnis der Einordnung (Ueber- und Unterordnung) und geht von der Verbundenheit der Subjekte aus".

normen, die erst die rechtliche Existenz einer Verbandsperson ermöglichen und ihr die Fähigkeit zum Wollen und Handeln gewähren, gehören zum Verfassungs- oder Verbandsrecht[14]).

Die Verbandsrechtsnormen sind privatrechtlicher Natur, wenn es sich um eine Körperschaft des privaten Rechts handelt (z. B. bei Vereinen), öffentlichrechtlicher Natur bei Körperschaften des öffentlichen Rechtes. Deshalb hat auch das BGB. die Regelung der Verfassung der öffentlichrechtlichen Körperschaften, anders als die Organisation der juristischen Personen des Privatrechts, bewußt den öffentlichrechtlichen Reichs- oder Landesgesetzen überlassen[15]).

Als Antwort auf die gestellte Frage nach der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht bei der Teilnahme der Gemeinden am Privatrechtsverkehr ergibt sich also Folgendes:

Soweit die Voraussetzungen privatrechtlicher Willenserklärungen der Gemeinden ihre Willens- und Handlungsfähigkeit betreffen, kommt das öffentliche Recht der kommunalen Verfassungsgesetze zur Anwendung, im übrigen gelten jedoch die Individualrechtssätze des Privatrechts[16]).

Der Erwähnung an dieser Stelle bedarf noch das Verhältnis derjenigen natürlichen Personen, die den Willen und die Erklärungen nach außen für die Verbandsperson vollziehen (Organe), zu der Verbandsperson selbst. Es wär grundfalsch, dieses Verhältnis nach den Regeln der bürgerlichrechtlichen Stellvertretung zu behandeln[17]). Während die

---

[14]) Streng genommen kann man bei der Zweiteilung der Rechtssätze, zu denen übrigens auch die Richtsätze programmatischen Inhalts gehören, in individualrechtliche und verbands- oder verfassungsrechtliche nicht stehen bleiben, sondern muß drei ihrer Natur nach verschiedene Arten von Normen unterscheiden:

1) Rechtssätze, die nur auf natürliche Personen anwendbar sind, nicht dagegen auf Verbandspersonen, so z. B. §§ 1 ff., §§ 104 ff.; §§ 1297 ff. BGB.

2) Rechtssätze, die begrifflich nur auf Verbandspersonen, nicht dagegen auf natürliche Personen zutreffen können, so z. B. §§ 21 ff. BGB., 105 ff., 161 ff., 178 ff. HGB., die verfassungsrechtlichen Vorschriften der Kommunalgesetze.

3) Rechtssätze, die die Willens- und Handlungsfähigkeit der Rechtssubjekte garnicht berühren und daher auf natürliche wie auf juristische Personen gleichmäßig Anwendung finden, so z. B. § 116 ff., 241 ff. BGB., §§ 1 ff., 343 ff. HGB., die Vorschriften der WO. usf.

Da hier nur von dem Wollen und Handeln der Verbandspersonen die Rede ist, sind unter Individualrechtssätzen (i.e.S.) die der Gruppe 3) zu verstehen.

[15]) vgl. Protokolle Bd. I/608 f.: Denkschrift S. 30; § 89 I in Verbind. mit § 31 BGB. bildet eine nur scheinbare Ausnahme. Dort ist eine Sonderregelung getroffen inbezug auf die Haftung der Körperschaften des öffentlichen Rechtes für bestimmte ihrer Organe. Die eigentlich verbandsrechtlichen Fragen, ob der Schadenstifter als Organ der Korporation im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist und ob er die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" begangen hat, ist nach verfassungsrechtlichen, also öffentlichrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. vgl. Protokolle S. 610.

Entsprechendes gilt für § 89 II in Verbindung mit § 42 II BGB.

[16]) Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 603.

[17]) Es ist deshalb zumindesten mißverständlich, wenn es überall heißt, daß die Verbandsperson von ihrem Organ „vertreten" wird (z. B. § 10 S. 1 östl. St.O.).

bürgerlichrechtliche Stellvertretung sich darstellt als das Handeln eines Rechtssubjektes im Namen und mit Wirkung für ein anderes, kennt das Organschaftsverhältnis nur ein einziges Rechtssubjekt, die Verbandsperson selbst, die nur durch ihre Organe wollen und handeln kann. Diesen letzteren wiederum fehlt es innerhalb der Verbandsrechtssphäre, d. h. in ihrer Eigenschaft als Organ der Verbandsperson, an der Qualität als Rechtssubjekt. Beide, Verbandsperson und Organe sind so aufeinander angewiesen und bilden einen unzertrennlichen Organismus. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Handlungen des Organs, die sich innerhalb des ihm von der Verfassung zugewiesenen Wirkungskreises halten, Handlungen der Verbandsperson selbst sind[18]); was außerhalb des zugewiesenen Wirkungsbereiches geschieht, ist keine Organhandlung und läßt die Verbandsperson unberührt, ohne sie zu berechtigen oder zu verpflichten. Nun ist aber auch denkbar, daß dem einen Organ einer Gemeinde die Bildung des Gemeindewillens, einem anderen die Vertretung nach außen, d. h. die Erklärung gegenüber einem Dritten mit Wirksamkeit für die Gemeinde übertragen wird, und dann kann der Fall eintreten, daß eine Erklärung nach außen abgegeben wird, die dem Willen der Gemeinde widerspricht. Dann erhebt sich die Frage: Soll der wirkliche Wille der Gemeinde gelten oder die abgegebene Erklärung?

Hier liegt für die bisherige Rechtslage eines der Kernprobleme der Vertretung nach außen. Wir werden noch sehen, daß die Beantwortung der Frage sich aus dem kommunalen Verfassungsrecht ergibt, und das gerade in diesem Zusammenhange den kommunalrechtlichen Formvorschriften eine erhöhte Bedeutung zukommt.

Ganz falsch ist es, die Stellung des Organs als „Stellvertretung" oder als „Gesetzliche Vertretung" (Schreiber S. 593) zu bezeichnen. Ebenso falsch ist es, das Organ selbst als „Stellvertreter" oder „gesetzlichen Vertreter" (Schreiber S. 595) darzustellen. Zweckmäßig erscheint es, von der Fähigkeit des Organs zu organschaftlichem Handeln als von seiner „Organmacht" (so zuerst OVGE. 70/263, Korn S. 116) zu sprechen im Gegensatz zum Begriff der „Vertretungsmacht" (so RGZ. 64/209), den die Gesetzessprache schon für die Stellvertretungsmacht verwendet (z. B. §§ 166 II, 177 BGB.). Leider fehlt in unserer deutschen Sprache die Möglichkeit, das organschaftliche Handeln durch ein eigenes passendes Tätigkeitswort treffend zu kennzeichnen. Sagt man für „vertreten" im organschaftlichen Sinne „verkörpern", so kommt zwar dadurch besser zum Ausdruck, daß das Wollen und Handeln der Organe Wollen und Handeln der Verbandsperson selbst ist, der Ausdruck ist aber deshalb nicht glücklich, weil er mehr einen Zustand der Ruhe als ein Tätigwerden versinnbildlicht. „Repräsentieren" aber ist nichts anderes als eine fremdwörtliche Umschreibung des „Verkörperns".

So bleibt nichts anderes übrig, als weiterhin die Tätigkeit eines Rechtssubjektes für ein anderes, und auch das Tätigwerden der Organe für eine Verbandsperson durch den Sammelbegriff „vertreten" zu kennzeichnen. Nur ist im Einzelfall immer wieder zu prüfen, ob „vertreten" als Rechtsbegriff der Stellvertretung oder der Organschaft gemeint ist.

Hätte man diese terminologischen Grundsätze immer beachtet, so wäre viel unnötiger Streit vermieden worden.

vgl. hierzu Gierke, Genossenschaftstheorie S. 623 Anm. 1; auch Wolff, Organschaft und juristische Person, Bd. II, S. 302 unterscheidet zwischen Stellvertretung und Organschaft, faßt aber beide Begriffe als Formen der Vertretung zusammen.

[18]) Helfritz, Vertretung, S. 32.

Damit nun keine Mißverständnisse entstehen können, mag bereits an dieser Stelle hervorgehoben werden, daß die kommunalrechtlichen Formvorschriften keineswegs mit den Formvorschriften des Privatrechts auf die gleiche Stufe gestellt werden dürfen. Es handelt sich bei den ersteren nicht um reine Formvorschriften, sondern zugleich um Bestimmungen, die die Organmacht der gemeindlichen Organe beschränken. Weil sich aber die Beschränkung der Organmacht gerade darin äußert, daß die gemeindlichen Organe bei Abgabe einer Erklärung in einer Urkunde gewisse äußere Formen (z. B. mehrere Unterschriften, Anführung des Beschlusses der Gemeindevertretung oder der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, Beidruck des Gemeindesiegels usw.) zu beobachten haben, erscheint es gerechtfertigt, von Formen und Formvorschriften zu sprechen. Freilich sind die kommunalrechtlichen Formen solche eigener Art. Wo daher im Folgenden von kommunalrechtlichen Formvorschriften gesprochen wird, geschieht das mit dem erwähnten Vorbehalt. Uebrigens ist der Ausdruck „Formvorschriften" für diejenigen Bestimmungen des Kommunalrechts, die in Bezug auf die Vertretung nach außen besondere Formen vorsehen, in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur allgemein geläufig[19]).

[19]) vgl. z. B. RG. in RGZ. 139/58: JW. 1931/1698; Pr.OVG. in OVGE. 70/263 (268); RGR.Kom. Anm. 3 zu § 125 (S. 184 ff.), Helfritz in Vertretung, S. 125 ff., in von Brauchitsch, Band VII S. 384 ff. (Anmerkg. 24); Loewe S. 11 ff.

II. Abschnitt.

Die Vertretung der Gemeinden nach außen nach der bisherigen Rechtslage.

§ 5.

Kurzer Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung der Vertretung nach außen in den Gemeinden der altpreußischen Landesteile.

Zum besseren Verständnis der Vertretungsvorschriften in den neueren Gemeindeordnungen, von denen zu handeln sein wird, mag ein kurzer Ueberblick über ihre geschichtliche Entwicklung vorangehen: Nach dem Allgemeinen Landrecht, Teil II 8, Titel § 108[1]) haben die Stadtgemeinden die Rechte privilegierter Korporationen (vgl. hierzu II. 6. § 25 ff[2]). Dem Magistrat als Vorstand der Korporation liegt es ob, „alles zu tun, was zur guten Ordnung in den Geschäften und Verhandlungen, und zum gewöhnlichen nützlichen Betriebe der gemeinsamen Angelegenheiten erforderlich ist" (II. 6. § 141)[3]). Die Vertretung nach außen kommt dagegen nicht ihm, sondern besonderen, von der Stadt bestellten und mit Vollmachten versehenen Repräsentanten oder Stellvertretern zu (II. 6. § 114)[4]).

In der Städteordnung vom 9. November 1808 fehlen ausdrückliche Vorschriften über die Vertretung der Gemeinden nach außen[5]).

In der revidierten Städteordnung vom 17. März 1831[6]) ist der Magistrat der Verwalter der Gemeindeangelegenheiten (§§ 84 b). Die Mitglieder der Stadtgemeinde werden in allen Angelegenheiten durch Stadtverordnete vertreten (§ 45). Die Stadtverordnetenversammlung hat die Vollmacht und die Verpflichtung, die Gemeinde ohne Rücksprache mit der ganzen Bürgerschaft nach außen zu vertreten und für sie verbindende Beschlüsse zu fassen (§ 75). Der Magistrat ist die einzige ausführende Behörde, ihm steht aber auch die Entscheidung in manchen Angelegenheiten allein zu (§§ 107, 110).

Erstmalig findet sich auch eine Vorschrift über die Ausstellung von Urkunden im § 127:

---

[1]) Koch, III. Bd. S. 652.
[2]) a.a.O. S. 449 ff.
[3]) a.a.O. S. 462.
[4]) a.a.O. S. 459.
[5]) vgl. Boehm, Archöff.R. 21/224.
[6]) GS. S. 10 ff.

„Urkunden, welche die Stadtgemeinde verbinden sollen, müssen vom Magistrat ausgestellt und vom Bürgermeister oder Oberbürgermeister unterschrieben werden; es muß aber, wenn sie Angelegenheiten des Stadthaushaltes betreffen, ihnen der Genehmigungsbeschluß der Stadtverordnetenversammlung, oder in dem § 115 angegebenen Falle die Entscheidung der Regierung in beglaubigter Form beigefügt sein".

In der 1853 wieder aufgehobenen Gemeindeordnung vom 11. März 1850[7]), die die Bestimmungen für Stadt- und Landgemeinden zusammenfaßte, vertraten Gemeindevorstand und Gemeinderat nach näherer Vorschrift des Gesetzes die Gemeinde. Der Gemeindevorstand verwaltete die Gemeindeangelegenheiten (§ 7 I). Der Gemeinderat hatte über alle Gemeindeangelegenheiten zu beschließen, soweit sie nicht ausschließlich dem Gemeindevorstand überwiesen waren. Die von dem Gemeinderat gefaßten Beschlüsse waren für die Gemeinde verpflichtend, doch konnte der Gemeinderat seine Beschlüsse nicht selbst zur Ausführung bringen (§ 33 I u. II).

Der kollegiale (§ 27) Gemeindevorstand hatte als Gemeindeverwaltungsbehörde nach § 53 insbesondere folgende Geschäfte:

„1 — 8....

9. Die Gemeinde nach außen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln, den Schriftwechsel zu führen und die Gemeindeurkunden in der Urschrift zu vollziehen. Die Ausfertigungen der Urkunden werden namens der Gemeinde von dem Bürgermeister oder seinem Stellvertreter gültig unterzeichnet".

Besondere Formen für Verpflichtungsurkunden sind hier nicht vorgesehen.

Für die Landgemeinden ist die Entwicklung folgende:

Im Allgemeinen Landrecht fehlte noch eine Bestimmung über die Vertretung der „Dorfgemeinden" nach außen.

Dagegen schrieb schon die aufgehobene Gemeindeverordnung vom 2. 3. 1850, die auch für Gemeinden von nicht mehr als 1500 Einwohnern galt (vgl. Titel III, GS. S. 231 ff.) vor, daß die Vertretung nach außen dem Gemeindevorsteher (Einzelperson) obliege (§ 144 Ziffer 9).

In der östl. LGO. vom 14. April 1856[8]) wird zur Ergänzung der Vorschriften über die Landgemeinde im ALR. II. 7 Abschnitt II in § 10 Folgendes bestimmt:

„1) Zu einer schriftlichen, einen Gemeindebeschluß betreffenden Verhandlung ist erforderlich, daß darin die Namen der bei der Beschlußfassung gegenwärtig gewesenen Gemeindemitglieder angegeben sind, und die Verhandlung außer von dem Schulzen und den anwesenden Schöffen auch noch von mindestens drei anderen der gegenwärtig gewesenen eingesessenen Gemeindemitglieder unterschrieben ist.

---

[7]) GS. S. 213 ff.
[8]) GS. S. 359 ff.

2) Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, müssen im Namen der Gemeinde von den Schulzen und den Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel bedruckt sein; der dem Abschluß des Geschäftes zugrundeliegende Gemeindebeschluß und die dazu etwa erforderliche Genehmigung oder Entschließung der betreffenden Aufsichtsbehörde müssen der Urkunde in beglaubigter Form beigefügt sein".

Aus diesen Vorschriften sind die Vertretungsbestimmungen in § 88 Ziff. 7 der bisher geltenden östl. LGO. von 1891 erwachsen.

§ 6.

Die gesetzlichen Grundlagen für die Vertretung der Gemeinden nach außen.

I. Die Rechtslage in Preußen bis zum 31. Dezember 1933.

Die gesetzliche Regelung der Vertretung der Gemeinden nach außen findet sich in den bisherigen preußischen Städteordnungen zumeist unter den Titeln, die „Von den Geschäften des Magistrats" oder „Von den Geschäften des Bürgermeisters" (so in der rhein.StO.) handeln, in den Landgemeindeordnungen ist sie gewöhnlich unter den Bestimmungen über die „Verwaltung der Landgemeinden" enthalten.

Die Regelung war danach in den einzelnen Landesteilen folgende:

A. für Stadtgemeinden:

a) im Bereich der StO. für die östl. Provinzen[1]) gilt § 56 Ziff. 8, dessen Wortlaut bereits mitgeteilt worden ist (vgl. § 2 S. 4 dieser Arbeit)[2]).

b) Die westf. StO. (§ 56 Ziff. 8)[3]), die hess.nass.StO. (§ 61 Ziff. 8)[4]) und das Gemeindeverfassungsgesetz für die Stadt Frankfurt a.M. (§ 63 Ziff. 8)[5]) enthalten gleichlautende Vorschriften.

c) In der Anlage gleich, aber inhaltlich abweichend sind die Vertretungsvorschriften der schlesw.holst. und der rhein. StO.

Nach § 60 Ziff. 7 der schlesw.-holst. StO.[6]) müssen Urkunden, die für die Gemeinden eine Verpflichtung begründen, außer der Unterschrift des Bürgermeisters oder seines Stellvertreters und eines weiteren Magistratsmitgliedes noch die des Stadtverordnetenvorstehers und die seines

---

[1]) vom 30. Mai 1853 (GS. S. 261 ff.).

[2]) Diese Vorschrift galt auch für Berlin. Allerdings ist dabei zu bemerken, daß durch § 7 in Verbind. mit § 15 I des Gesetzes über die vorläufige Regelung verschiedener Punkte des Gemeindeverfassungsrechtes für die Hauptstadt Berlin vom 30. März 1931 (GS. S. 39 ff.) die Vertretung nach außen, die bis dahin dem Magistrat zugestanden hatte, auf den Oberbürgermeister allein übergegangen ist. Dies hatte zur Folge, daß die zweite Unterschrift auf verpflichtenden Urkunden fortfiel (Hardenberg-Mosheim S. 37).

[3]) vom 19. März 1856 (GS. S. 237 ff.).

[4]) vom 4. August 1897 (GS. S. 254 ff.).

[5]) vom 25. März 1867 (GS. S. 401 ff.).

[6]) vom 14. April 1869 (GS. S. 589 ff.).

Stellvertreters tragen (insgesamt sind hier also vier Unterschriften erforderlich). Andererseits besteht eine Erleichterung der Urkundsform insofern, als in den Fällen, in denen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, dieselbe nicht in beglaubigter Form der Ausfertigung der Urkunde beigefügt werden muß, sondern die Bezugnahme auf sie in der Urkunde genügt.

Nach der StO. für die Rheinprovinz (§ 53 Ziff. 8)[7]) vertritt der Bürgermeister die Stadt nach außen. Die Ausfertigungen der Urkunden werden namens der Stadtgemeinde von ihm allein gültig unterzeichnet. In Fällen, wo die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, muß diese in beglaubigter Ausfertigung beigefügt werden.

b) Die Anlage der Vertretungsvorschriften ist eine ganz andere in der aus vorpreußischer Zeit stammenden revidierten hann. StO.[8]). Nach ihr vertritt der Magistrat die Gemeinde nach außen (§ 71 II). „Alle Gemeindeurkunden werden von ihm allein ausgefertigt; die künftig auszustellenden Stadtobligationen sind jedoch vom Wortführer des Bürgervorsteherkollegiums mit zu unterschreiben". Ferner heißt es im § 74: „Der Bürgermeister hat für die Ausführung der gefaßten Beschlüsse zu sorgen" (Abs. I) und „Von ihm werden alle Ausfertigungen des Magistrats unterzeichnet." (Abs. III a.a.O.).

e) Im Bereich der östlichen Provinzen war besonders geregelt die Verfassung der Städte in Neuvorpommern und Rügen (östl. StO. § 1 III). Durch Gesetz vom 31. Mai 1853 (GS. S. 291 f.) war die Verfassung dieser Städte in besonderen Rezessen geregelt[10]). Auf die untereinander abweichenden gesetzlichen Vorschriften über die Vertretung dieser Gemeinden nach außen einzugehen, würde den Rahmen und Zweck der vorliegenden Arbeit überschreiten.

f) In Hohenzollern ist eine besondere StO. nicht erlassen worden. Die Verfassung der dortigen Städte richtet sich nach der für sie in einzelnen Punkten modifizierten hohenz. GO. (s. unten S. 23).

B. Für die Landgemeinden:

a) Im Bereich der sieben östl. Provinzen kommt § 88 IV Ziff. 7 der östl. LGO.[11]) in Betracht, der folgenden Wortlaut hat:

> „IV. Insbesondere liegen dem Gemeindevorsteher folgende Geschäfte ob:
>
> 1 — 6 . . .
>
> 7. Die Gemeinde nach außen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln.
> Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte

---

[7]) vom 15. Mai 1856 (GS. S. 406 ff.).
[8]) vom 24. Juni 1858 (Hann. GS. S. 141 ff.), abgedr. bei Maull, Die Städteordnungen S. 115 ff.
[9]) Helfritz, Grundriß, S. 16.
[10]) vgl. Maull, Die Städteordnungen, S. 24, Oertel, S. 4.
[11]) vom 3. Juli 1891 (GS. S. 233 ff.).

verbinden sollen, ingleichen Vollmachten, müssen unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und der dazu etwa erforderlichen Genehmigung oder Entschließung der zuständigen Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde von dem Gemeindevorsteher und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein. Eine der vorstehenden Bestimmung gemäß ausgestellte Vollmacht ist auch dann ausreichend, wenn die Gesetze sonst eine gerichtliche oder Notariatsvollmacht erfordern.

Zu dem Nachweise, daß von einer Gemeinde bei der Erwerbung oder Veräußerung von Grundstücken oder denselben gleichstehenden Gerechtsamen die den Gemeinden gesetzlich vorgeschriebenen besonderen Formen beobachtet sind, genügt eine Bescheinigung des Landrats als Vorsitzenden des Kreisausschusses".

b) Den gleichen Wortlaut hat § 59 Ziff. 7 der hess.-nass. LGO.[12]); nur heißt hier der Gemeindevorsteher Bürgermeister.

c) In Schleswig-Holstein galt, abgesehen von einigen kleineren Gebietsteilen, die östliche LGO. mit einigen Aenderungen[13]). Von Bedeutung ist hier, daß Urkunden lediglich der Unterschrift des Gemeindevorstehers bedürfen, da die schlesw.-holst. Landgemeinden die Einrichtung von Schöffen nicht kannten[14]).

d) In der hann. LGO.[15]) fehlen ausdrückliche Vorschriften über die Vertretung der Gemeinden nach außen. § 40 des Gesetzes besagt lediglich, daß die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten durch den Vorsteher geschieht. Ueber Gemeindeurkunden bestimmt § 34 der Bekanntmachung des Hann. Min. des Innern betreffend die Regelung der Verhältnisse der Landgemeinden[16]), daß sie von dem Vorsteher mit dem oder den Beigeordneten zu vollziehen sind.

e) Nach der westf. LGO.[17]) wird die Gemeinde in ihren Angelegenheiten durch die Gemeindeversammlung und durch den Gemeindevorsteher vertreten; der Gemeindevorsteher ist hiernach die ausführende Behörde (§ 23). Urkunden, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, ingleichen Prozeßvollmachten, müssen von dem Bürgermeister und dem Gemeindevorsteher vollzogen werden, die etwa erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist in beglaubigter Form beizufügen. Eine Siegelung der Urkunde ist hiernach nicht vorgeschrieben. (§ 65 westf. LGO.)

f) In der Rheinprovinz[18]) hat der Bürgermeister in allen Gemeindeangelegenheiten unter der in § 76 der GO. vorgeschriebenen Mitwirkung die Ausführung, der Gemeindevorsteher ist für die Ver-

---

12) vom 4. August 1897 (GS. S. 301 ff.).
13) vom 4. Juli 1892 (GS. S. 155 ff.).
14) Loewe S. 9.
15) Gesetz, die Landgemeinden betreffend, vom 28. April 1859 (Hann. GS. S. 393 ff.), abgedr. bei Maull, Die Landgemeindeordnungen S. 134 ff.
16) vom 28. April 1859 (hann. GS. S. 409 ff.).
17) vom 19. März 1856 (GS. S. 265 ff.).
18) rhein. GO. vom 23. Juli 1845. (GS. S. 523 ff.).
19) vom 2. Juli 1900 (GS. S. 189 ff.).

waltung der Gemeindeangelegenheiten ein Organ des Bürgermeisters (§ 85 GO).

Urkunden, welche die Gemeinde verbinden sollen, müssen namens derselben vom Bürgermeister und Vorsteher unterschrieben werden; die Beschlüsse des Gemeinderats und Genehmigung der Aufsichtsbehörde sind in den geeigneten Fällen in beglaubigter Form der Urkunde beizufügen (§ 10 2 GO.).

g) In Hohenzollern wird nach § 68 der GO.[19]) die Gemeinde durch den Bürgermeister nach außen vertreten. Verpflichtungsurkunden müssen im Namen der Gemeinde von dem Bürgermeister und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein. Der zugrundeliegende Gemeindebeschluß und die etwa erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde müssen in den Urkunden angeführt werden. (§ 68 V.).

II. Die Rechtslage in den außerpreußischen Ländern.

Der Vollständigkeit halber mag noch kurz die Regelung der Vertretung der Gemeinden nach außen in den außerpreußischen deutschen Ländern Erwähnung finden. Freilich würde es zu weit führen, hier den Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen wiederzugeben und im Einzelnen auf sie einzugehen. Es mag genügen, darauf hinzuweisen, daß sehr viele dieser kommunalen Verfassungsgesetze in ähnlicher Weise wie die preußischen Bestimmungen besondere Formvorschriften für die Ausstellung von verpflichtenden Gemeindeurkunden enthalten[20]), oder vorschreiben, daß solche Erklärungen nur von mehreren Mitgliedern der Gemeindeorgane gemeinsam abgegeben werden dürfen[21]), oder daß der Bürgermeister zur Vertretung der Gemeinde einer Vollmacht des Magistrates bedarf[22]), oder daß die Gemeindevertretung sich die Mitwirkung bei der Ausführung ihrer Beschlüsse vorbehalten kann, und dann Gemeindeurkunden mehrere Unterschriften tragen müssen[23]).

---

[20]) so Art. 17 III der bayr. GO. v. 17. 10. 1927, Art. 99 III der württ. GO. v. 19. 3. 1930, § 91 II der sächs. GO. v. 1. 8. 1923 in der Fassung der Bekanntm. v. 15. 6. 1925, Art. 54 der hess. GO. v. 10. 7. 1931, § 40 Ziff. 6 der StO. für den Freistaat Mecklenburg-Schwerin v. 18. 7. 1919, § 37, Ziff. 11 der LGO. für Mecklenburg-Schwerin v. 20. 5. 1920; dagegen enthält z. B. die bad. GO. v. 5. 10. 1921 in der Fassung der Bekanntm. v. 21. 7. 1925 und v. 29. 7. 1926 keine ausdrückliche Bestimmung über die Form verpflichtender Urkunden.

[21]) so § 143 II und III der StO. für Braunschweig v. 15. 11. 1924 § 156 II und III der braunschw. LGO. v. 15. 11. 1924, Art. 19 Ziff. 1 der hamb. StO. v. 2. 1. 1924, § 94 Ziff. 1 des lipp. Gemeindeverfassungsgesetzes.

[22]) so in Oldenburg, Landesteil Oldenburg, nach Hollje, Die Gemeindeordnung für den Landesteil Oldenburg, 1930, in Anm. 20 zu Art. 32 der GO. v. 15. 5. 1873.

[23]) so in Thüringen nach Kieß, Handbuch des kommunalen Rechts der Gemeinden, Stadt- und Landkreise Thüringens, auf den sich Golzen im BankArch. XXX. Jg. S. 348, Anm. 1 bezieht: a. M. ist Zieger, Gemeinde- und Kreisordnung für Thüringen, 1926, der in Anm. 2 zu § 66 ausführt, daß im Gegensatz zu der früheren GO. jetzt davon abgesehen worden sei, für Urkunden den Nachweis der aufsichtsbehördlichen Genehmigung oder die (zweite) Unterschrift des Gemeinderatsvorsitzenden zu fordern.

Die im Einzelnen vorgeschriebenen Formen weichen überall voneinander ab, wie das z. T. schon durch die verschiedenen Systeme der Gemeindeverfassung bedingt ist. Bald ist nur eine, bald sind zwei oder drei Unterschriften auf den Urkunden erforderlich, bald müssen sie gesiegelt sein, bald ist die Anführung oder Beifügung einer beglaubigten Ausfertigung des Gemeindebeschlusses oder der Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich.

Erschreckend unübersichtlich wird die Anwendung der Vertretungsvorschriften dadurch, daß die Fälle, in denen ein Gemeindebeschluß oder die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, überall verschieden geregelt sind, und daß dem Fehlen der erforderlichen Beschlüsse und Genehmigungen hier nur Bedeutung im Innenverhältnis, dort auch Einfluß auf die Gültigkeit der Erklärung nach außen eingeräumt wird.

§ 7.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Vertretung der Gemeinden nach außen.

I. Vorbemerkungen[1]).

Drei Gruppen von Entscheidungen sollen im Folgenden interessieren, einmal jene Reihe von Urteilen, in denen das RG. seine Grundanschauung entwickelt und dabei zu dem Grundsatz der Formbedürftigkeit aller gemeindlichen Verpflichtungserklärungen gelangt, ferner jene Entscheidungen, die sich mit den wichtigsten Einzelerfordernissen der formgerechten Urkunde befassen, und schließlich jene Gruppe von Erkenntnissen, in denen das RG. den erwähnten Grundsatz immer wieder durchbrochen und eingeschränkt hat. Bei der Darstellung dieser letzten Gruppe wird sich zeigen, warum die reichsgerichtliche Lehre schließlich zu einer großen Rechtsunsicherheit sowohl für die Gemeinden als auch ihre Vertragsgegner führen mußte.

Vorweg mag noch bemerkt werden, daß das RG. die in den Gemeindeordnungen enthaltenen Vertretungsvorschriften, soweit sie überhaupt revisibler Natur sind[2]), nach einheitlichen Grundsätzen ausgelegt,

---

[1]) Die reichsgerichtliche Lehre wird im Folgenden deshalb eingehender dargestellt, weil ihr Einfluß auf die Vertretungsvorschriften des neuen Gemeinderechts vom 15. Dezember 1933 unverkennbar ist (vgl. Min.Bl.f.Inn.Verw. 1933 Sp. 1504 b 1 und die damit übereinstimmende „Allgemeine Verfügung des Preußischen Justizministers" vom 19. I. 1934 in: Deutsche Justiz, 1934 S. 111).

[2]) Nach § 549 I ZPO. sind revisibel nur die Reichsgesetze und solche Landesgesetze, deren Geltungsbereich über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinausgehen. Hiernach sind revisibel nur preußische Gemeindeordnungen (§ 549 I ZPO. in Verbind. mit § 1 der VO. vom 28. Sept. 1879 (RGBl. I/299), und daraus erklärt es sich, daß sich die reichsgerichtliche Rechtsprechung nur auf das preußische Vertretungsrecht erstreckt.

Es sind aber auch nicht alle preußischen Gemeindeordnungen revisibel, sondern nur die der östl. Provinzen. Indessen haben die für die Auslegung der übrigen

wie es übrigens auch die entsprechenden Vorschriften der Kreis- und Provinzialordnungen und der Gesetze für die Verwaltung der Kirchengemeinden nach den gleichen Prinzipien behandelt hat[3]). Es hat mit dieser Auslegungstendenz im allgemeinen Zustimmung gefunden[4]), und zwar mit Recht, denn die meisten Vertretungsvorschriften der einzelnen preußischen Kommunalgesetze weisen in ihrer Anlage eine so weitgehende Uebereinstimmung auf, daß es nicht gewagt erscheint, anzunehmen, der Gesetzgeber habe sich bei Erlaß aller dieser Vertretungsvorschriften von dem gleichen Grundgedanken leiten lassen.

II. Der reichsgerichtliche Grundsatz von der Formbedingtheit aller gemeindlichen Verpflichtungserklärungen.

Schon bald nach seiner Errichtung im Jahre 1879, in einem Urteil vom 13. Okt. 1882[5]) hat sich das RG. mit der Auslegung der kommunalen Vertretungsvorschriften befassen müssen, und zwar zunächst mit der Auslegung des § 56 Ziff. 8 der östl. StO. In diesem Urteil spricht der 4. Zivilsenat aus, daß, wenn den Formvorschriften der StO. Genüge getan sei, das beurkundete Rechtsgeschäft auf jeden Fall gültig sei, daß also dann ein abweichender Wille der Stadtverordnetenversammlung ohne Bedeutung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts sei. Damit übernahm das RG. den Grundsatz, den schon vor ihm das preuß. Obertribunal[6]) und das Reichsoberhandelsgericht[7]) vertreten hatte, daß der Gemeindevorstand die Gemeinde nach außen unbeschränkt vertrete und somit die Ausstellung einer formgerechten Urkunde in jedem Fall ausreichend sei. Umgekehrt erklärt derselbe Senat in einem Urteil vom 12. März 1883[8]) zu der inzwischen aufgehobenen Vorschrift des § 10 Nr. 2 der LGO. vom 14. April 1856[9]), der Vorgängerin des § 88 Ziff. 7 der östl. LGO. vom 3. Juli 1891, daß, wenn bei der Errichtung eines Jagdpachtvertrages die besondere Urkundsform nicht gewahrt sei, der Vertrag keine Gültigkeit habe. Auf die weitergehende Frage, ob die Erklärung von der Gemeinde auch mündlich abgegeben werden konnte, geht das RG. in diesem Urteil noch nicht ein, und ebensowenig kommen zwei weitere Entscheidungen vom 21. Okt. 1889[10]) und vom 27. Sept. 1893[11]) über die bis dahin entwickelten

---

preußischen GO. als oberste Instanzen in Betracht kommenden Oberlandesgerichte, abgesehen von einigen Ausnahmen der ersten Zeit, sich der Rechtsprechung des RG. angeschlossen, so z. B. OLG. Kiel bei Loewe, Anh. Nr. 15, OLG. Kassel in RGZ. 68/407, OLG. Hamm, von Biermann zit. JW. 1912/818 f.

[3]) so RGZ. 82/7 = JW. 1913/609; RGZ. 115/313; 123/359.

[4]) Helfritz, Vertretung S. 10.

[5]) GruchBeitr. 26/1078.

[6]) In einer Entscheidung vom 20. Sept. 1870 in: Striethorst Bd. 79/193.

[7]) In einer Entscheidung vom 24. April 1874 in ROHGE. 13/332.

[8]) GruchBeitr. 28/982.

[9]) vgl. oben S. 19/20.

[10]) GruchBeitr. 34/735.

[11]) RGZ. 31/322 ff.

Grundgedanken hinaus. Die letztere Entscheidung ist allerdings deshalb von Interesse, weil als Zweck der Formvorschriften bezeichnet wird, „daß sie den Stadtgemeinden die Einrede abschneiden sollen, daß eine verfassungsmäßige Zustimmung der städtischen Vertretung zu der formgültig beurkundeten Verpflichtung fehle“[12]). „Ebenso sehr bezweckt sie (die Vorschrift des § 56 Ziff. 8 der StO.)“, so heißt es weiter, „die Stadt vor einer Inanspruchnahme aus nicht formgültig beurkundeten Verpflichtungen zu schützen“.

In schroffem Widerspruch zu der vorhergehenden und nachfolgenden Rechtsprechung des RG. steht eine Entscheidung des 1. Zivilsenats vom 23. Nov. 1901[13]), in der darüber zu entscheiden war, ob die Formvorschriften des § 88 Ziff. 7 LGO. bei der Ausstellung eines namens einer Gemeinde gegebenen Wechselindossamentes zu beobachten seien. Der Senat verneint die Frage, weil sich die Form eines Wechsels lediglich nach der WO. richte und der Gemeindevorsteher als solcher die Gemeinde zu vertreten in der Lage sei. Eines näheren Eingehens auf die Begründung bedarf es nicht, da der erkennende Senat seine Auffassung nicht aufrechterhalten hat[14]).

Besonders wichtig und grundlegend dagegen ist die Entscheidung des 3. Senates vom 2. Juni 1905[15]). Hier handelte es sich um die Auslegung des § 88 Ziff. 7 östl. GO. Das RG. verkennt nicht, daß die erwähnte Bestimmung nicht ausdrücklich besage, daß Rechtsgeschäfte, durch welche die Gemeinde einem Dritten verpflichtet werden soll, nur in dieser urkundlichen Form überhaupt abgeschlossen werden dürften. Vielmehr lasse ihre Fassung auch die Deutung zu, daß, wenn über ein solches Rechtsgeschäft eine Urkunde errichtet werde, diese jenen Formvorschriften entsprechen müsse. Daß aber eine solche Auslegung nicht dem Willen des Gesetzes entspreche, sei aus dem Zweck der Bestimmung zu entnehmen. Wegen der ganz grundsätzlichen und richtungweisenden Bedeutung des Urteils seinen die Kernsätze der Begründung hier wörtlich mitgeteilt:

> „Nach § 88 Abs. IV Nr. 7 Abs. I der LGO. vertritt grundsätzlich der Gemeindevorsteher allein die Gemeinde nach außen dergestalt, daß Rechtsgeschäfte, die er im Namen der Gemeinde abschließt, für diese ohne Rücksicht darauf, ob er dabei gemäß den Beschlüssen der Gemeindeversammlung oder der Gemeindevertretung handelt, Rechtswirksamkeit besitzen. Um aber den Gefahren tunlichst vorzubeugen, die aus dieser selbständigen Vertretungsbefugnis des Gemeindevorstehers für die Gemeinde erwachsen, und andererseits dem Dritten, der sich mit ihm als Vertreter der Gemeinde

---

[12]) a.a.O.
[13]) RGZ. 50/23 ff.
[14]) RGZ. 115/314. Mit Recht bemängelt übrigens Helfritz, Vertretung S. 20 Anm. 2, daß die späteren von dem Urteil in RGZ. 50/23 abweichenden Entscheidungen ohne eine Plenarentscheidung der vereinigten Zivilsenate ergehen konnten.
[15]) JW. 1905/446 ff. = PrVerwBl. 27/233 ff.

in rechtsgeschäftliche Verhandlungen einläßt, einen sicheren Anhalt dafür zu gewähren, nach Erfüllung welcher Förmlichkeiten er ein für die Gemeinde abgeschlossenes Rechtsgeschäft als für diese verbindlich ansehen könne, hat das Gesetz für Rechtsgeschäfte, durch welche die Gemeinde einem Dritten verpflichtet werden soll, schützende Formen eingeführt, die verhindern sollen, daß der Gemeindevorsteher bei Ausübung der ihm verliehenen Befugnis zur Vertretung der Gemeinde nach außen sich nicht innerhalb derjenigen Grenzen halte, die ihm durch die nach innen maßgebenden Beschlüsse der Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung (Landgemeindeordnung §§ 102, 49) gezogen sind, Formen, deren Erfüllung zugleich von jedem Dritten ohne Schwierigkeit geprüft werden kann. Vgl. auch Keil, Die Landgemeindeordnung, Anm. 27, 29 u. 31 zu § 88 und Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. IV § 282 unter VII. Das Gesetz steht somit auf demselben Boden, auf dem u. a. schon die Vorschrift des § 56 Nr. 8 der Städteordnung für die östlichen Provinzen des preußischen Staates vom 30. Mai 1853 erwachsen ist, wonach, wenn in Urkunden „Verpflichtungen der Stadtgemeinde übernommen" werden, zu der der Regel nach ausreichenden Unterschrift des Bürgermeisters oder seines Stellvertreters noch die Unterschrift eines Magistratsmitgliedes hinzukommen und in Fällen, in denen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, diese in beglaubigter Form der Ausfertigung beigefügt werden muß, die Beobachtung dieser Förmlichkeiten aber auch zur rechtswirksamen Verpflichtung der Stadtgemeinde ohne Rücksicht darauf genügt, ob die nach innen notwendige Beschlußfassung der Stadtverordnetenversammlung vorliegt oder nicht. Vgl. RG. 31, 322 ff. und die dort S. 326 angezogene frühere Rechtsprechung. Demgemäß kann darüber kein Zweifel bestehen, daß der § 88 IV Nr. 7 Abs. II der Landgemeindeordnung die dort bestimmte Form für alle Rechtsgeschäfte vorschreiben will, durch welche die Landgemeinde einem Dritten verpflichtet werden soll, nicht bloß für diejenigen dieser Rechtsgeschäfte, über die tatsächlich eine Urkunde errichtet wird, und daß von der Beobachtung der Form die Gültigkeit des Geschäfts abhängen soll".

Diese aus dem Zweck des Gesetzes entwickelten Grundsätze[16]) werden ausgebaut in einer sehr bemerkenswerten Entscheidung des 2. Senates vom 4. Dez. 1906[17]), wo es heißt, daß die Art der Organisation der öffentlichrechtlichen juristischen Personen nicht im Privatrecht, sondern in den öffentlichrechtlichen Landesgesetzen geregelt sei. Diese hätten daher zu bestimmen, in welcher Weise die öffentlichrechtlichen juristischen Personen durch Willensorgane zu vertreten seinen und in welcher Weise diese Organe mit verbindlicher Wirkung für die von ihnen vertretenen Körperschaften ihre Erklärungen abzugeben hätten. „Die darüber gegebenen landesgesetzlichen Vorschriften bilden den Rahmen der Vertretungsmacht. Erklärungen, die von gesetzlichen Vertretern in anderer Form abgegeben werden, als das Gesetz vorschreibt, liegen, weil außerhalb des Gesetzes, außerhalb der dem Vertreter nur zustehenden Vertretungsmacht (§ 164 BGB.)". Wie im Privatrecht der Vollmachtgeber mehreren Personen derart Vollmacht erteilen könne,

16) vgl. hierzu noch RGZ. 115/314; JW. 1928/2833.
17) RGZ. 64/409 = PrVerw.Bl. 28/931

daß sie nur gemeinschaftlich und nur unter Einhaltung bestimmter Formen, z. B. nicht mündlich, für ihn Willenserklärungen abgeben dürften, so könne naturgemäß auch der Gesetzgeber bezüglich der gesetzlichen Vertretung bestimmte, dabei innezuhaltende Formen vorschreiben. „Es kommen dabei", so fährt das RG. fort, „die von dem BGB. darüber gegebenen Vorschriften, in welchen Formen Rechtsgeschäfte vorzunehmen sind und Verträge abgeschlossen werden können, in keiner Weise in Frage[18]".

Hiernach müssen also die Formvorschriften, wenn die Gültigkeit einer gemeindlichen Verpflichtungserklärung gewährleistet sein soll, grundsätzlich in jedem Falle erfüllt werden, und zwar auch dann, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, für die schon nach bürgerlichem Recht eine Form innezuhalten ist (z. B. bei Bürgschaft, Wechsel)[19]. Dabei ist zu bemerken, daß auch Vorverträge grundsätzlich derselben Form bedürfen, die für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschrieben ist[20]. Entspricht die Urkunde nicht den Formvorschriften der im Einzelfall in Frage kommenden GO., so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig[21]. Das folgert das RG. aus der Vorschrift des § 125 BGB., wonach ein Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig ist, sowie aus der Fassung der Vertretungsvorschriften, daß die daselbst vorgeschriebenen Formen innegehalten werden „müssen"[22]. Das RG. nimmt also an, daß auch landesgesetzliche Formvorschriften unter § 125 BGB. fallen[23] [24]).

Daher kommt die Heilung einer der Form ermangelnden Verpflichtung durch Erfüllung oder nachträgliche Beurkundung nicht in Frage, denn gemäß § 145 BGB. ist die Bestätigung eines wichtigen Rechtsgeschäftes als erneute Vornahme zu beurteilen und bedarf daher der gleichen Form wie diese selbst[25]. Auch die nachträgliche Genehmigung einer formlosen Erklärung kommt regelmäßig nicht in Betracht. Hat der für die Gemeinde Handelnde seine Erklärung nicht in der vorgeschriebenen Form abgegeben, so ist eine irgendwie rechtlich

---

[18]) Ueber den „Rahmen der Vertretungsmacht" s. ferner noch RGZ. 67/270, JW. 1927/779 = Bank-Arch. 1927/277.

[19]) so RG. abweichend von RGZ. 50/23; in JW. 1927/779 = BankArch. 1927/277; PrVerwBl. 30/329; RGZ. 68/408. Das gilt auch, wenn Handelsrecht in Frage steht: RG. JW. 1926/1450.

[20]) JW. 1914/775; PrVerwBl. 48/187; vgl. auch Antoni Anm. 26 zu § 59.

[21]) RGZ. 31/322; 64/408; 68/407; 73/73 u. 209; 89/433; 94/253; 104/205; 105/382; 115/35; 117/284; 121/14.

[22]) RGZ. 64/409 = PrVerwBl. 28/932; RGZ. 84/253.

[23]) RGRKomm. S. 184.

[24]) Zu erwähnen ist noch, daß das RG. in fester Praxis gegenüber der Berufung auf einen Formmangel die Einrede der Arglist für unzulässig erklärt hat, es sei denn, daß der Verpflichtete zur Außerachtlassung der Form geradezu verleitet hat und den Formmangel nachher doch vorschützt (RGZ. 96/313 ff., 121/14 ff., Heymann, S. 298).

[25]) RGZ. 31/322; 89/433; JW. 1916/677; 1922/392, bezüglich eines Bauvertrages: OLG. Kassel JW. 1925/1741.

für die Gemeinde erhebliche Erklärung garnicht zustande gekommen, mithin auch keine Grundlage für eine Genehmigung gegeben[26]).

Erforderlich ist, daß die formgerechte Erklärung dem anderen Teile rechtzeitig[27]) zugeht. Das RG. fordert allerdings kein wirkliches körperliches Zugehen, sondern läßt es genügen, wenn die Erklärung dem anderen Teil „in irgend einer Form zur Kenntnis gebracht wird"[28]). Daran fehlt es, wenn die beurkundete Erklärung nur zur Kenntnis der Aufsichtsbehörde gelangt[29]).

Für den Rechtsverkehr der Stadtgemeinden zu beachten ist ferner, daß ebenso wie der Magistrat auch Deputationen und Kommissionen, die innerhalb ihrer Zuständigkeit Verpflichtungen mit Wirkung für die Stadt eingehen wollen, dies nicht formfrei tun können, sondern an die genaue Beobachtung der kommunalrechtlichen Formvorschriften gebunden sind[30]) [31]). „Es kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen, daß eine im Namen einer solchen Deputation abgegebenen Erklärung die Gemeinde unter leichteren Voraussetzungen sollte verpflichten können, als eine im Namen des Magistrats selbst, des eigentlichen Vertretungsorgans der Gemeinde, abgegebene Erklärung"[32]).

III. Die einzelnen Erfordernisse der formgerechten Urkunde.

1. Regelmäßig müssen Verpflichtungsurkunden sowohl der Stadt- als auch der Landgemeinden mehrere Unterschriften tragen, die eigenhändig vollzogen werden müssen[33]). Berufen zur Unterzeichnung ist im Gebiet der östl. Provinzen zusammen mit einem weiteren Magistratsmitglied (in Landgemeinden mit einem Schöffen) der Bürgermeister (in Landgemeinden: der Gemeindevorsteher) oder sein verfassungsmäßiger Vertreter. Ob ein Fall der Vertretung (also der tatsächlichen Behinderung des Bürgermeisters) vorliegt, ist der Nachprüfung der Parteien entzogen[34]). Bei Verpflichtungserklärungen von Deputationen oder Kommissionen genügt es, wenn sie vom Vorsitzenden und einem Deputationsmitglied, das nicht dem Magistrat angehört, unterzeichnet werden[35]).

---

[26]) RGZ. 121/14 ff.; 139/58 ff. = JW. 1933 S. 1526 ff.; JW. 1929/1131.
[27]) Ueber die Rechtzeitigkeit entscheidet das bürgerliche Recht, Loewe S. 15.
[28]) RGZ. 61/414; 68/408; 121/14; JW. 1928/2128; Gruch-Beitr. 51/181; 55/388 f.; PrVerwBl. 28/932.
[29]) RGZ. 68/408.
[30]) RGZ. 89/433 ff.; JW. 1912/1044; 1926/1451; so auch Jebens, PrVerwBl. 27/868; Fischer PrVerwBl. 40/311; a. M. Ledermann-Brühl Anm. 6 zu § 56; Helfritz, Vertretung, S. 15 Anm. 1.
[31]) Das gilt namentlich auch für gemeindliche Anstalten und Betriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Korn S. 118). Für die Verpflichtungserklärungen, insbes. Wechselzeichnungen der kommunalen Sparkassen vgl.: Heymann S. 287 ff.; Peters, RuPrVerwBl. 50/407 ff.; Mauve Anm. 10 zu § 61; Klebe S. 196; für Sparkassen in Landgemeinden: Grenzmer Anm. 35a zu § 88.
[32]) RGZ. 89/438-39.

2. Für die Städte wie auch die Landgemeinden ist in den Gemeindeordnungen regelmäßig vorgeschrieben, daß in den Fällen, wo eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, diese der Urkunde in beglaubigter Form beigefügt, oder daß in ihr auf die gedachte Genehmigung Bezug genommen wird[36]). Das Erfordernis einer solchen Genehmigung kam für die Stadtgemeinden nach der bisherigen Rechtslage wesentlich nur in Betracht bei der Aufnahme von Anleihen[37]), während der Grundstücksverkehr der Stadtgemeinden durch Art. II des Kriegsgesetzes zur Vereinfachung der Verwaltung vom 13. Mai 1918[38]) von der Genehmigungspflicht befreit worden ist. Zuständig ist für die Genehmigung bei Stadtgemeinden der Bezirksausschuß[39]).

Ihrem Anwendungsbereich nach bedeutender ist die Genehmigung der Aufsichtsbehörde für den Privatrechtsverkehr der Landgemeinden. Zuständige Aufsichtsbehörde ist der Kreisausschuß[40]). Die Genehmigung ist erforderlich:

1) Zur Veräußerung von Grundstücken oder sonstigen Gerechtigkeiten, welche den Grundstücken gesetzlich gleichgestellt sind,

2) zu einseitigen Verzichtsleistungen und Schenkungen,

3) zu Anleihen, durch welche die Gemeinde mit einem Schuldenstande belastet oder der vorhandene vergrößert wird,

4) zu einer Belastung der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung[41]),

5) zu Veränderungen im Genusse der Gemeindenutzungen.

Die praktische Durchführung der die Beifügung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde betreffenden Vorschriften macht keine Schwierigkeit. Zweifel können da entstehen, wo die Genehmigung nicht in beglau-

---

[33]) vgl. Ledermann-Brühl Anm. 8 zu § 56 Ziff. 8 S. 313 mit der dort angezogenen Rechtsprechung.

[34]) KGJ. 33 A. S. 194, Loewe S. 15.

[35]) RGZ. 89/433 ff.

[36]) so schlesw. holst. StO. § 60 Ziff. 7.

[37]) so östl. StO. § 50 Ziff. 3.

[38]) GS. S. 53 f. (58).

[39]) Durch pr. Gesetz vom 29. Mai 1931 über die Aufnahme von Anleihen und Darlehen sowie die Uebernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen und von anderen Sicherheiten durch Gemeinden und Gemeindeverbände (GS. S. 73) ist allerdings der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte wieder erweitert worden. (vgl. Loschelder, Die StO. für die östl. Provinzen: Nachtrag und Ergänzung zu § 50 StO.).

[40]) Zust. G. § 31 I, § 114 II östl. LGO. Nach der rhein. GO. § 97 war die Genehmigung des Kreisausschusses notwendig: zur Aufnahme von Anleihen, zur Verwendung von Kapitalien, zum Ankauf von Grundstücken, zur Anstrengung von Prozessen über Berechtigungen der Gemeinde oder über die Substanz des Gemeindevermögens oder zu Vergleichen über die Gegenstände dieser Art, und zu Schenkungen und einseitigen Verzichtsleistungen seitens der Gemeinde.

[41]) vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen des RG. im RGZ. 139/58 ff. = JW. 1933/1526 ff.

bigter Form beigefügt zu werden braucht, sondern eine Bezugnahme auf sie in der Urkunde genügt[42]), nämlich darüber, ob eine allgemeine Bezugnahme ausreicht, oder ob sie Datum und Aktenzeichen der Genehmigungsverfügung enthalten muß. Das RG. hat hierüber nicht zu entscheiden brauchen, weil die Vorschrift des § 60 Ziff. 7 schlesw.-holst. StO. irrevisibel ist. Das OLG. Kiel hat entschieden[43]), daß eine allgemeine Bezugnahme ohne Aktenzeichen und Datum genügt; ob diese Auffassung richtig ist, kann zweifelhaft sein.

Erst nachträgliche Einholung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde hat keine heilende Wirkung[44]).

3) Für Landgemeinden ist allgemein vorgeschrieben, daß in der Verpflichtungsurkunde der zugrundeliegende Gemeindebeschluß angeführt wird. „Anführung", ist nicht dasselbe wie Beifügung einer beglaubigten Abschrift. Es genügt, daß der betreffende Gemeindebeschluß erkennbar bezeichnet wird[45]). Dabei ist keineswegs erforderlich, daß sich der zugrundeliegende Beschluß der Kommunalvertretung auf alle Einzelheiten der rechtsgeschäftlichen Erklärung des zur Vertretung nach außen bestimmten Organs erstreckt; vielmehr genügt es im allgemeinen, wenn die Kommunalvertretung ihre grundsätzliche Zustimmung zu dem geplanten Vorgehen erteilt und die Festlegung der Einzelheiten innerhalb bestimmter Grenzen der selbständigen Entschließung des Erklärungsorgans übertragen hat[46]). Zu einer Nachprüfung darüber, ob der in der Urkunde angeführte Gemeindebeschluß inhaltlich wirklich mit der abgegebenen Willenserklärung übereinstimmt, ist der Vertragsgegner nicht verpflichtet[47]).

Die Unterlassung der Anführung führt ebenso wie das Fehlen anderer Formerfordernisse zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes[48]). Im Gegensatz hierzu hat allerdings der 7. Senat in einem Urteil vom 1. März 1910[49]) dem Erfordernis der Anführung des Gemeindebeschlusses keine formelle Bedeutung beigemessen, sondern es als Erfüllung der Formvorschriften angesehen, wenn der betreffende Beschluß vorher dem anderen Teile durch den Gemeindevorsteher mitgeteilt wird. Es steht auch in schroffem Widerspruch zur übrigen Rechtsprechung des RG., wenn in diesem Urteil der Standpunkt vertreten wird, daß die Vertretungsmacht des Gemeindevorstehers nach außen nicht unbe-

---

42) so schlesw. holst. StO. § 60 Ziff. 7.
43) in einer unveröffentlichten Entscheidung vom 18. Mai 1931 Aktz. 1 U 340/30.
44) RGZ. 139/58 ff. = JW. 1933/1526 ff.; JW. 1931/1698, HRR. 1933 Nr. 1234.
45) Keil Anm. 31 b zu § 88.
46) RGZ. 139/58 ff.
47) RG. JW. 1922/392 f.
48) RGZ. 64/409; 68/407; 73/206; 139/58.
49) RGZ. 73/73; ebenso neuerdings OLG. Königsberg in HRR. 1933 Nr. 1233.

schränkt sei, sondern von dem Vorliegen eines entsprechenden Gemeindebeschlusses abhänge, der somit auch nach außen wirke[50]). Es hat daher der 5. Senat in einem wenige Wochen später erlassenen Erkenntnis vom 6. April 1910[51]) zwar nicht offen bestritten, daß diese Auffassung in den Rahmen der reichsgerichtlichen Lehre passe, aber doch dahingestellt sein lassen, „ob diese Auffassung mit Wortlaut und Sinn des Gesetzes vereinbar ist".

4) Nach den meisten preuß. LGO. ist für Verpflichtungsurkunden die Beidrückung des Gemeindesiegels vorgeschrieben[52]). Bei Fehlen des Siegels ist das ganze Rechtsgeschäft unwirksam[53]). Ob Siegel oder Farbstempel benutzt wird, ist gleichgültig[54]). Das Siegel soll zum Ausdruck bringen, „daß die Gemeindevertreter ihre Erklärung in amtlicher Eigenschaft abgegeben haben, daß der Inhalt der von ihnen abgegebenen Erklärung als Wille der Gemeinde gilt"[55]). Daher fordert das RG., daß die Beidrückung des Siegels von den Unterzeichnern selbst vorgenommen wird, da nur ihnen die Entschließung darüber zustehe, ob die beurkundete Erklärung als Wille der Gemeinde gelten solle. Es genügt danach also nicht, daß die Untersiegelung von einem im Dienst der Gemeinde stehenden Urkundsbeamten im Beisein und mit Zustimmung der Gemeindevertreter geschieht[56]). Damit stellt das RG. eine Forderung auf, die im Widerspruch steht zu dem von ihm erklärten Zweck der Formen, die dem Dritten einen sicheren Anhalt gewähren sollen, wann er ein für die Gemeinde abgeschlossenes Rechtsgeschäft als für diese verbindlich ansehen könne, und „deren Erfüllung zugleich von jenem Dritten ohne Schwierigkeit geprüft werden könne"[57]). Eher erträglich erscheint es, wenn das RG. verlangt, daß das Siegel auch räumlich in einem seiner Zweckbestimmung entsprechenden Verhältnis zu der Unterschrift stehen muß[58]), denn dabei handelt es sich wenigstens um etwas nach außen Erkennbares. Daß die Urkunde aus irgendeinem anderen Grunde das Gemeindesiegel enthält, wahrt die Form nicht[59]).

IV. Die einschränkenden Tendenzen in der reichsgerichtlichen Lehre.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß sich gegen die Lehre des RG. von der Formbedürftigkeit der gemeindlichen Verpflichtungserklärun-

---

[50]) Der 7. Senat hat seine Ansicht, wenn auch nicht offen, so doch der Sache nach im RGZ. 123/358 fallen lassen (vgl. RGZ. 139/58 ff.).

[51]) RGZ. 73/205.

[52]) Das gilt z. B. nicht für Westfalen (westf. LGO. § 65) und für die Rheinprovinz. (rhein. GO. § 102).

[53]) StriethorstArch. 89/289; GruchBeitr. 28/982; RGStr. 19/327; OVGE. 48/285.

[54]) RGZ. 115/313; JW. 1927/779.

[55]) RG. vom 24. Mai 1912 in PrVerwBl. 33/718; ferner RGZ. 64/409; 73/75 u. 207; JW. 1911/749; Oettich S. 107.

[56]) RG. JW. 1911/749.

[57]) RG. JW. 1905 S. 446.

[58]) RG. JW. 1911/749.

[59]) Loewe S. 15.

gen immer wieder Stimmen erhoben haben, die ihr Ergebnis als für die Praxis unerträglich und undurchführbar bezeichneten[60]). Das RG. hat sich dem auch auf die Dauer nicht verschließen können und eine Reihe von Erleichterungen zu schaffen versucht:

1) Da die kommunalrechtlichen Vertretungsvorschriften lediglich die Art der Ausübung der Vertretungsmacht der Gemeindeorgane dergestalt regeln, daß diese nur in der näherbestimmten Form verpflichtende Willenserklärungen Dritten gegenüber abgeben können, so wird damit nicht eine schriftliche Vertragsurkunde in einem Falle gefordert, in dem das bürgerliche Recht Formfreiheit gewährt. Vielmehr hat jene Vorschrift den Sinn, daß da, wo das bürgerliche Recht den formfreien Abschluß eines Vertrages gestattet, die Verpflichtungserklärung des Gemeindevorstandes der Form bedarf, ohne daß auch die Erklärung des anderen Teiles schriftlich abzugeben wäre[61]).

2) Von Bedeutung ist es ferner, daß das RG. den Begriff der Verpflichtungserklärung eng ausgelegt hat. Die Formvorschriften beziehen sich nach seiner Auffassung und übrigens auch nach der herrschenden Meinung im Schrifttum nur auf privatrechtliche Verpflichtungserklärungen, sodaß z. B. bei der Anstellung von Gemeindebeamten die kommunalrechtlichen Formvorschriften nicht beobachtet zu werden brauchen[62]). Ferner fallen nach dem RG. weder darunter die dinglichen Rechtsgeschäfte noch die obligatorischen Verfügungen über Rechte und Forderungen (z. B. Erklärungen über Beendigung von Rechtsverhältnissen, Kündigung eines Anspruchs, Ablehnung eines Vertragsangebotes, die Quittung, Annahme von Schenkungen, Verzicht, Löschungsbewilligungen, Bewilligung einer Rangänderung, Aufhebungserklärungen, Gewährung eines Pachtzinsnachlasses[63]) [64]). In einer Entscheidung vom 21. Nov. 1929[65]) hat allerdings das RG. (5. Zivilsenat) erkannt, daß der Verzicht einer Gemeinde auf Aufwertung als

---

[60]) So weist Helfritz, Grundriß S. 75 mit Recht darauf hin, daß, wenn man dem Grundsatz des RG. von der Formbedingtheit aller gemeindlichen Verpflichtungserklärungen folgen wolle, der Bürgermeister einer größeren Stadt höchstwahrscheinlich den größten Teil des Tages nichts anderes tun könnte, als verpflichtende Urkunden zu unterschreiben. Er müßte auch bei einem Schneefall in den frühesten, noch dunklen Morgenstunden mit einem Magistratsmitgliede erscheinen, um die sonst nicht üblichen schriftlichen Verträge mit den aushilfsweise angestellten Arbeitskräften abzuschließen.

[61]) RGZ. 86 S. 409 = PrVBl. 30 S. 158.

[62]) RG. JW. 1921/837; PrVerwBl. 48/242 f.; OVGE. 31/131; 66/224; Schmidt-Odenbreit S. 656; Dierkes-Kleinsorg Anm. zu § 102 (S. 237); Wacke S. 89/90; Geyer, JW. 1930/1165; Vogels, PrVerwBl. 42/440; a. M. Schneider ArchöR. 15/261.

[63]) RGZ. 44/303; 83/398; 89/43: 92/161; JW. 1914/419; KGJ. 33 A. S. 198; Bd. 11 (1934) S. 186; Laue PrVerwBl. 38/668; Fischer, PrVerwBl. 40/263; Klebe S. 162; Ledermann-Brühl Anm. 4 zu § 56.

[64]) a. A. Schreiber S. 612/613, der entgegen dem juristischen Sprachgebrauch unter Verpflichtungserklärung jede Willenserklärung verstehen will, durch die die Rechte oder der Besitzstand der Gemeinde verschlechtert werden.

[65]) HRR. 1930 Nr. 909.

verpflichtende Willenserklärung anzusehen sei, also der Form bedürfe. Ebenso hat das RG. in einem Falle die Erklärung, durch die eine Gemeinde sich mit dem Eintritt eines anderen Schuldners in einen Gaslieferungsvertrag einverstanden erklärt, als Verpflichtungserklärung behandelt, mit der Begründung, daß dem neueintretenden Schuldner gegenüber eine Verpflichtung seitens der Gemeinde nicht bestanden hätte und durch die Genehmigung begründet wurde, und, daß die Gemeinde sich verpflichte, den alten Schuldner nicht mehr in Anspruch zu nehmen[66]).

3) Die wichtigste Einschränkung bedeutet das Zugeständnis, daß „Geschäfte der laufenden Verwaltung" formfrei abgeschlossen werden dürfen. Die erste Anregung hierzu scheint 1911 Schreiber dem RG. gegeben zu haben[67]), denn schon in einem Urteil vom 11. Nov. 1911 erklärt dieses[68]), daß unter verpflichtenden Rechtsgeschäften diejenigen zu verstehen seien, „durch welche die Gemeinde — über den Kreis der dem Gemeindevorsteher zugewiesenen, keines Gemeindebeschlusses bedürftigen Geschäfte der laufenden Verwaltung hinaus — eine Verpflichtung übernimmt (Begründung zu §§ 87 u. 89 des Entw., vergl. § 56 Ziff. 8 StO.)". Eine nähere Begründung für die innere Berechtigung dieser Ausnahme hat das RG. nicht zu geben vermocht, die erwähnte Definition selbst krankt daran, daß die Vorstellung der „verpflichtenden Rechtsgeschäfte" in Verbindung gebracht wird mit den „Geschäften der laufenden Verwaltung". Tatsächlich ergänzen sich nicht beide Begriffe, sondern sie überschneiden sich. Verpflichtungserklärungen können zur laufenden Verwaltung gehören, sie brauchen es aber nicht, umgekehrt umfaßt die „laufende Verwaltung" nicht nur verpflichtende Erklärungen. Die vom RG. an die Einschränkung seiner Lehre geknüpfte Erwartung, „daß damit die Bedenken beseitigt würden, welche gegen die Zweckmäßigkeit und tatsächliche Durchführbarkeit der von dem RG. vertretenen Auffassung erhoben worden sind"[69]), haben sich nicht erfüllt, weil es eine brauchbare Abgrenzung des Begriffs der „Geschäfte der laufenden Verwaltung" nicht gegeben und nur von Fall zu Fall entschieden hat, ob ein solches Geschäft im Einzelfall vorlag oder nicht, ohne sich dabei über die Kriterien auszulassen, von denen es jeweilig seine Entscheidungen abhängig machte. Lediglich in einem Urteil vom 1. März 1927[70]) hat das RG. einen derartigen Versuch gemacht,

---

[66]) RG. JW. 1912/96.

[67]) S. 525: „Oder will man etwa nur diejenigen Geschäfte dem Formzwang unterwerfen, für die der Gemeindevorstand der Genehmigung der Gemeindevertretung bedarf, sodaß also namentlich die laufenden Geschäfte vom Formzwang ausgenommen wären? Bisher ist noch nirgends, namentlich auch nicht vom Reichsgericht eine solche Einschränkung behauptet worden".

[68]) RG. JW. 1912/96; darüber, daß die Begründung zum Entw. d. LGO. nichts über den Begriff der „Geschäfte der laufenden Verwaltung" und ihre Formfreiheit enthält, vgl. Helfritz, Vertretung S. 14.

[69]) RG. JW. 1912/925.

[70]) RGZ. 116/247.

wenn es dort erklärt, daß Diskontierung und Girierung von Wechsel zu den Geschäften der laufenden Verwaltung einer sich mit Bankgeschäften abgebenden kommunalen Sparkasse gehören könnten. Das RG. fährt dort fort: „aber sie brauchen es nicht. Für die Entscheidung können immer nur die besonderen Verhältnisse von Bedeutung sein, wozu u. a. die Höhe der Wechselsumme, das mit dem Geschäft verbundene Risiko und der aus dem Geschäft erhoffte Gewinn zu rechnen sind".

Das Berufungsgericht[71]) hatte dazu ausgeführt, ob ein Geschäft zur laufenden Verwaltung gehöre, hänge von der jeweiligen Geschäftslage des betreffenden Verbandes und von Umständen ab, die in der Geschäftsentwicklung der verwaltenden Stelle zu suchen seien; die Bedürfnisse Dritter seinen dafür nicht maßgebend. Die Rechtslage ist dadurch noch unsicherer geworden, daß einzelne Obergerichte versucht haben, von sich aus den Begriff der „Geschäfte der laufenden Verwaltung" anders abzugrenzen. So hat das KG.[72]) darunter die Geschäfte verstanden, die der „täglich fortlaufenden Arbeit dienen", das OLG. Kiel[73]) hat eine Verbindung mit der Abwicklung des Haushaltsplanes zu ziehen versucht und das Preuß. OVG. läßt alle diejenigen Geschäfte darunter fallen, „die in mehr oder minder regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich sachlich von weniger erheblicher Bedeutung sind"[74]).

Alle diese Versuche beweisen zur Genüge die Unmöglichkeit, den Begriff der „Geschäfte der laufenden Verwaltung" als nach außen erkennbare Abgrenzung zwischen formfreien und formgebundenen Rechtsgeschäften zu verwenden. So ist es also nicht weiter verwunderlich, daß die erlassenen Entscheidungen, wenn nicht gerade willkürlich, so doch in ihrem Ergebnis unvorsehbar erscheinen müssen[75]).

---

[71]) OLG. Stettin.
[72]) JW. 1920/153.
[73]) Entsch. v. 8. Juni 1923 bei Loewe Anh. Nr. 14.
[74]) OVGE. 70/119.
[75]) Verneint ist die Eigenschaft als Geschäft der laufenden Verwaltung in folgenden Fällen: Ankauf von 80 Zentnern Käse durch den Vorsitzenden der Nahrungsmittelkommission (RGZ. 94/253); Bestellung von 100 Schulbänken (KG. in OLGE. 34/246); zeitweilige Einstellung eines Schwimmeisters für eine städtische Badeanstalt (RAG. in JW. 1929/3409); Vergebung der Bekanntmachungen eines Kreises für die Dauer von 20 Jahren (RG. JW. 1925/1614); Abbau eines Privatangestellten einer Großstadtgemeinde gegen Abfindung (RGZ. 121/14); die Verpflichtung zur Lieferung von Wasser an den Militärfiskus (KG. JW. 1920/153); die vom Direktor eines großstädtischen Betriebswerkes im Rahmen eines solchen Betriebes getätigten Aufträge, selbst bei unerheblichem Objekt (OLG. Hamm. JW. 1926/1450); Verzicht auf Aufwertung (RG. HRR. 1930 Nr. 909). Bejaht: Zuweisung einer größeren Holzmenge, nachdem der Kauf unter Vorbehalt weiterer Zuweisung schon vorher abgeschlossen war (RGZ. 104/205); Verkauf einer Obstladung an die Gemeindeangehörigen durch den Käufer (OLG. Kiel abgedr. b/Loewe Anhang S. 49); Verkauf der Abfälle eines Schlachthofes für ein Rechnungsjahr (OLG. Kiel b/Loewe Anh. S. 49/50); Vergebung von Erdarbeiten für den Bau eines Bahnkörpers und Bahnhofs (OLG. Kiel v. 23. Nov. 1926= 2 U. 79/26; neuestens RG. v. 12. Juni 1932 in HRR. 1933 Nr. 1232, wo der Begriff der laufenden Verwaltung sehr weit gefaßt wird.

4) Einer Beobachtung der vorgeschriebenen Formen bedarf es ferner nicht, wenn die Erklärung seitens der Gemeinde von einem Vertreter abgegeben wird, der durch eine ordnungsmäßige unter Beobachtung der Formvorschriften ausgestellte Vollmacht zur Abgabe der Erklärung bestellt ist[76]). Auch generelle Vollmachtserteilungen sind zulässig, freilich nur dann, wenn sie auf einen bestimmten begrenzten Geschäftskreis (beispielsweise auf den Abschluß von Straßenbauverträgen) begrenzt werden[77]). Eine generelle Auflassungsvollmacht ermächtigt jedoch nicht zur Annahme eines bestimmten Kaufangebotes über ein Grundstück, sondern beschränkt sich auf die Entgegennahme der zur Erfüllung der abgeschlossenen Kaufverträge erforderlichen dinglichen Erklärungen[78]).

5) Schließlich gehört es auch zu den Einschränkungen der Lehre, wenn das RG. die Beobachtung der Formvorschriften nicht für erforderlich erachtet hat in Fällen, in denen ein Beschluß des Magistrats in corpore vorlag und der Magistrat den Bürgermeister formlos ermächtigt hatte, mit dem Vertragsgegner zu verhandeln[79]). Das RG. begründet seine Auffassung damit, daß es genüge, wenn die Willensbildung, also im vorliegenden Falle der Magistratsbeschluß, in ordnungsmäßiger Form zustandekomme und dieser Beschluß nach außen formlos erklärt werde. Damit verlegt jedoch das RG. das Schwergewicht auf einen inneren Vorgang, der für die Vertretung nach außen ohne Bedeutung sein muß, wenn man mit dem RG. annehmen will, daß die Erklärungsmacht der dazu bestimmten gemeindlichen Organe lediglich durch die Innehaltung der vorgeschriebenen Formen beschränkt wird. Diese Auffassung verläßt den Boden der reichsgerichtlichen Lehre ganz und gar[80]).

V. Stellungnahme zu der reichsgerichtlichen Lehre.

Faßt man die Grundzüge und praktischen Konsequenzen der Rechtsprechung des RG. zusammen, so ergibt sich folgendes:

Das RG. gelangt zunächst im Wege der Auslegung zu einer grundsätzlichen Auffassung, die, wie es selbst eingesehen hat, weder im Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften eine Stütze findet[81]), noch auch im gemeindlichen Rechtsverkehr überhaupt praktisch durchführbar ist[82]). Um an seiner einmal entwickelten Lehre festhalten zu können und seine Entscheidungen mit dem natürlichen Rechtsempfinden in Einklang zu

---

[76]) RG. JW. 1910/663 = GruchBeitr. 55/388; RGZ. 89/433; JW. 1924 1520; Ledermann-Brühl Anm. 5 zu § 56; Oertel Anm. 3 b zu § 56 Ziff. 8 (S. 408); Korn S. 116.

[77]) RGRKomm. S. 185.

[78]) RGZ. 89/433; Korn S. 116.

[79]) RG. in LZ. 1926/1341 mit der dort angeführten Rechtsprechung; neuerdings kommt hinzu: RAG. in HRR. 1933 Nr. 326.

[80]) so Voß JW. 1933/1929 f., Helfritz: JW. 1925/2439 [2a].

[81]) RG. JW. 1905/446.

[82]) RG. JW. 1912/925.

bringen, findet es sich notgedrungen bereit, Ausnahmen von dem Grundsatz zuzulassen, für die es aber eine rechtliche Begründung nicht findet, die auch keine Erleichterung geschaffen, sondern die vorhandene Rechtsunsicherheit nur noch vergrößert haben, weil zur Abgrenzung der formfreien von den formgebundenen Rechtsgeschäften Begriffe verwendet werden, die wegen ihrer Unbestimmtheit hierzu unbrauchbar sind oder in offenem Widerspruch zu dem Grundsatz stehen, von dem das RG. ausgeht. Dies alles zwingt zu dem Schluß, daß in der reichsgerichtlichen Lehre ein Fehler steckt.

Diesen Fehler hat Helfritz darin zu finden geglaubt, „daß das Reichsgericht die maßgebenden Fragen nahezu ausschließlich im Wege zivilistischer Konstruktion zu lösen versuche“[83]), indem es die Vertretung der Gemeinden nach außen nach der bürgerlichrechtlichen Lehre von der Stellvertretung behandele[84]), ohne indessen die Berechtigung dieses Vorwurfes überzeugend zu begründen. Richtig daran ist nur, daß das RG. gelegentlich unnötigerweise und vielleicht sogar in einer mißverständlichen Art zivilrechtliche Begriffe zum Vergleich heranzieht oder gar direkt anwendet[85]), die demjenigen, der die Dinge von der öffentlichrechtlichen Seite her zu betrachten gewohnt ist, auf öffentlichrechtlichem Boden fremd erscheinen und rechtsbegrifflich auch falsch sind[86]). Aber man braucht sich nur die Mühe zu machen, an die Stelle der zivilistischen Rechtsbegriffe etwa des Stellvertreters und der Vertretungsmacht öffentlichrechtliche wie: Organ und Organmacht zu setzen, und die Lehre des RG. gewinnt ein Aussehen, das durchaus im Bereich des öffentlichen Rechts Platz hat und mit den Grundsätzen der Organlehre in Uebereinstimmung zu bringen ist. Das Wesentlichste ist jedenfalls, daß das RG. von durchaus öffentlichrechtlichen Grundgedanken ausgeht. Das beginnt man auch neuerdings einzusehen[87]).

Ein weiterer Vorwurf, der immer wieder gegen das RG. erhoben wird, ist der, daß es willkürlich den kommunalrechtlichen Formvorschriften eine Schutzfunktion beilege[88]). Aber auch dieser Vorwurf ist durchaus unberechtigt. Man kann aus einer Bestimmung, die für Urkunden mit Verpflichtungserklärungen, also eine besondere und zwar ihrer Natur

---

[83]) Vertretung S. 26.

[84]) so Helfritz in Brauchitsch VII S. 385, ferner OVGE. 70/263; Dierkes-Kleinsorg S. 209; Richter S. 688/89; Fischer S. 260, der sogar behauptet, daß das RG. ausschließlich zivilrechtliche Gesichtspunkte und Rechtskonstruktionen verwende.

[85]) so z. B. in RGZ. 67/271; 68/408.

[86]) Dieser Fehler ist aber umso verzeihlicher, als gerade bei öffentlichrechtlichen Schriftstellern und Kommentatoren die zivilrechtlichen Grundsätze der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB.) überraschend oft auf das Organschaftsverhältnis angewendet werden, so z. B. bei: Stier-Somlo S. 111/112; Gründert, Badische Gemeindeordnung vom 5. Okt. 1921, 4. A. 1927, Anm. 3 b zu § 1, Neubauer-Kleinsorg S. 211 Anm. 11; Laforet-v. Jan-Schattenfroh, Die bayerische Gemeinde-, Bezirks-, und Kreisordnung, 1931, Anm. 10 c zu Art. 17.

[87]) Voß JW. 1933/1929, in etwa auch schon PrOVG. in OVGE. 70/263.

[88]) Helfritz, Vertretung S. 24; Fischer S. 262; Richter S. 686/87.

nach gefährlichere Art von Willenserklärungen, den Gemeinden die Beobachtung strenger Formvorschriften vorschreibt, nicht gut etwas anderes herauslesen, als daß sie die Gemeinden davor schützen wollen, daß allzu leicht und ohne Mitwirkung mehrerer Personen Verpflichtungen für sie übernommen werden. Man kann auch gegen die Richtigkeit dieses Schlusses nicht einwenden, daß der Schutz, der durch die Beobachtung der Formvorschriften erreicht werden solle, kein vollkommener sei[89]), weil der mitunterzeichnende Schöffe oder Beigeordnete im Einvernehmen mit dem Leiter der Gemeinde wissentlich falsch oder doch aber in Unkenntnis handeln könne oder weil der angeführte Beschluß mit dem der Gemeindevertretung nicht übereinzustimmen brauche[90]). Denn es kann wohl kein Zweifel darüber obwalten, daß Verpflichtungserklärungen zum Nachteil der Gemeinde weit weniger abgegeben werden, wenn das schriftlich geschehen muß oder gar in einer Urkunde, die von mehreren unterschrieben, in der der Gemeindebeschluß angeführt werden und die Genehmigung der Aufsichtsbehörde sogar in beglaubigter Form beigefügt werden muß, als wenn der Bürgermeister oder der Gemeindevorsteher solche Erklärungen ohne jede Formalität mündlich abgeben kann. Das allein aber rechtfertigt eine gesetzliche Schutzvorschrift vollauf[91]).

Auch die Tendenz des RG., den kommunalrechtlichen Formvorschriften eine Schutzfunktion beizumessen, ist also nicht zu beanstanden. Die Fehlerquelle in der Lehre des RG. liegt vielmehr anderswo. Um sie zu finden, ist es nötig, sich noch einmal die Begründung des Urteils vom 2. Juni 1905[92]) zu vergegenwärtigen. Dort gelangt das RG. zu dem Grundsatz, daß die Ausstellung einer formgerechten Verpflichtungsurkunde zur Gültigkeit einer gemeindlichen Willenserklärung in jedem Falle *erforderlich, aber auch ausreichend ist*, über folgende vier Gedankenreihen:

1) Der Gemeindevorsteher[93]) vertritt die Gemeinde nach außen *unbeschränkt*.

2) Daraus entsteht für die Gemeinde eine Gefahr, weil die Erklärung nach außen auch dann wirksam ist, wenn ein entsprechender Beschluß der Gemeindevertretung nicht vorliegt oder die Genehmigung der Aufsichtsbehörde tatsächlich nicht erteilt worden ist.

3) Um die Gefahr zu vermindern, hat das Gesetz schützende Formen eingeführt, die verhindern sollen, daß das Erklärungsorgan sich nicht

---

89) PrOVG., Richter, Fischer a.a.O.

90) Helfritz, Vertretung, S. 23.

91) Sonst könnte man ebensogut die Schutzfunktion der Schriftform bei der Bürgschaftserklärung bestreiten, weil ja u. U. eine formlose Bürgschaftserklärung als formlos klagbare Schuldübernahme oder als Garantieversprechen angesehen werden kann.

92) oben S. 26/27.

93) Das gilt bei der grundsätzlich gleichen Interpretation aller kommunalen Verfassungsgesetze durch das RG. auch für den Magistrat.

innerhalb der Grenzen hält, die ihm durch die nach innen maßgebenden Beschlüsse der Gemeindevertretung gezogen sind.

4) Da die Beobachtung dieser Förmlichkeit zur rechtswirksamen Verpflichtung der Stadtgemeinde ohne Rücksicht darauf genügt, ob die nach innen notwendige Beschlußfassung oder Zustimmung der Gemeindevertretung vorliegt oder nicht, müssen die Formvorschriften bei Abgabe von Verpflichtungserklärungen immer beobachtet werden, und nicht nur bei Rechtsgeschäften, über die tatsächlich eine Urkunde errichtet wird.

Diese vier Gedankenreihen stehen unter sich in logischem Zusammenhang, falsch an ihnen ist aber nach der bisherigen Rechtslage der Ausgangspunkt in 1), daß der Gemeindevorsteher die Gemeinde unbeschränkt vertritt. Ferner ist der Schluß in 4) nur dann richtig, wenn man unterstellt, daß jedes Rechtsgeschäft der Gemeinde im Innenverhältnis eines vorherigen Beschlusses der Gemeindevertretung bedarf; diese Unterstellung ist aber ebenfalls nicht richtig. Davon soll im Folgenden die Rede sein. Zuvor bedarf es aber noch der Untersuchung, warum die Auslegungsversuche im Schrifttum und in der übrigen Rechtsprechung die wahre Fehlerquelle der reichsgerichtlichen Lehre nicht erkennen lassen, rechtlich nicht überzeugen und den Bedürfnissen der Praxis nicht genügen können.

§ 8.

Wesen und Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften nach den vom Reichsgericht abweichenden Theorien.

Der reichsgerichtlichen Lehre von der grundsätzlich absoluten Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften für die Gültigkeit gemeindlicher Verpflichtungserklärungen[1]) gegenüber stehen die Meinungen des Schrifttums und der Rechtsprechung einiger Obergerichte, die den Anwendungsbereich der erwähnten Vorschriften möglichst einschränken wollen. Diese Gegenmeinungen scheiden sich dadurch in 2 Gruppen, daß die einen schlechthin jede Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften für die Gültigkeit gemeindlicher Verpflichtungserklärungen, zumindest aber solcher privatrechtlichen Inhalts leugnen, während die anderen die Wirksamkeit gemeindlicher Verpflichtungserklärungen wenigstens in gewissen Fällen von der Beobachtung dieser Vorschriften abhängig machen wollen.

---

[1]) Auf demselben Standpunkt stehen im Schrifttum: Oertel S. 407 ff.; Friedrichs JW. 1922/392 Anm.; Schmidt-Odenbreit S. 405; Voß JW. 1933 S. 1929 f.

I. Die Theorien von der absoluten Unwirksamkeit der kommunalrechtlichen Formvorschriften für die privatrechtlichen Verpflichtungserklärungen der Gemeinden.

1. Die Frage, ob den Formvorschriften der kommunalen Verfassungsgesetze neben den Formen des Privatrechts Bedeutung zukommt, ist zum erstenmal nach der Einführung des BGB. von Rehbein[2]) gestellt und bejaht worden mit der Begründung, daß es sich bei den Formvorschriften der Landesgesetze über Materien handle, die dem BGB. nicht angehören.

Hiergegen hat Nußbaum[3]) eingewandt, daß nicht alle Vorschriften, die die Verhältnisse öffentlichrechtlicher Körperschaften beträfen, deshalb notwendig selbst solche des öffentlichen Rechtes seien. „Denn die öffentlichrechtlichen Körperschaften kommen zugleich auch als Privatrechtssubjekte in Betracht, und alle Normen, welche sie in dieser Eigenschaft angehen, fallen begrifflich in das Privatrecht". Da aber nach Art. 55 EG. BGB. die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten sind, soweit nicht im BGB. etwas Anderes bestimmt ist, seien somit auch die kommunalrechtlichen Formvorschriften ihrer privatrechtlichen Wirksamkeit entkleidet worden.

Diese Argumentation ist bis in die neueste Zeit hinein vom Schrifttum wie auch von der Rechtsprechung immer wieder aufgegriffen worden[4]). Sie gewinnt erhöhte Bedeutung für das gegenwärtig geltende preußische Gemeinderecht vom 15. Dez. 1933, weil auch dort für privatrechtliche Verpflichtungserklärungen außerhalb der laufenden Verwaltung die Schriftform und ein Sichtvermerk auf der Urkunde durch einen bestimmten Gemeindebeamten vorgeschrieben und damit eine Bestimmung geschaffen ist, die in folgerichtiger Durchführung der Auffassung Nußbaum für ungültig, weil im Gegensatz zum Reichsrecht stehend, erachtet werden müßte[5]).

Die Untersuchung dieser Frage leitet über zu dem Wesen und der Natur der kommunalrechtlichen Formvorschriften. Und hier verkennen Nußbaum und seine Anhänger, daß die Formvorschriften des Kommunalrechts keinen Augenblick mit denen das Privatrechts auf eine Stufe gestellt werden dürfen. Wäre das der Fall, dann könnte allerdings kein Zweifel darüber bestehen, daß sie durch Art. 55 EG. BGB. hinfällig geworden wären.

---

[2]) S. 158 Ziff. 5.

[3]) ArchbürgR. 21/3.

[4]) So z. B. von Appel JW. 1913/531 ff.; Weigert, PrVerwBl. 36/22 ff.; Fischer PrVerwBl. 40/261; Richter PrVerwBl. 52/688; OGH. Danzig (2. Senat) in JW. 1931/3223.

[5]) Für eine zukünftige Reichsgemeindeordnung hat diese Frage jedenfalls keine praktische Bedeutung, weil durch Art. 55 EG. BGB., abgesehen von den besonderen Vorbehalten der Art. 56 ff. a.a.O., nur die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze aufgehoben sind und nur die künftige Bildung solcher landesrechtlicher Bestimmungen ausgeschlossen ist.

Gemeinsam ist den privatrechtlichen und den kommunalrechtlichen Formvorschriften nur die allgemeine Funktion, Personen, die bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes Schaden leiden können, zu schützen, verschieden dagegen ist die Gefahrenquelle, vor der die Beobachtung der Formen bewahren soll, der besondere Zweck und die im Einzelnen zur Anwendung kommenden Form.

Zweck der Formvorschriften des Privatrechts ist es, die Aufmerksamkeit der Beteiligten auf das abzuschließende Geschäft und seine Bedingungen zu lenken, zur Ueberlegung und klaren Absprache zu nötigen, den Ernst des Geschäftes vor Augen zu führen und so vor Uebereilung und Unüberlegtheit zu schützen[6] [7]).

Die privatrechtlichen Formvorschriften sind individualrechtlicher Natur, sie treffen alle Rechtssubjekte, natürliche wie Verbandspersonen gleichmäßig[8]). Das ist durchaus innerlich gerechtfertigt, denn die Gefahr der Uebereilung und des unüberlegten Handelns besteht grundsätzlich für juristische wie für natürliche Personen, weil sich das Handeln der ersteren durch ihre Organe, mithin tatsächlich durch natürliche Personen vollzieht.

Anders dagegen steht es mit den kommunalrechtlichen Formvorschriften, mögen sie auch ungewollt und nebenbei demselben Zweck förderlich sein, den die privatrechtlichen Formerfordernisse anstreben. Schon der Versuch, sie auf natürliche Personen anwenden zu wollen, würde so absurd erscheinen, daß damit ihre rechtliche Natur sofort offenbar wird. Sie sind keine individualrechtlichen Vorschriften, die auf alle Rechtssubjekt gleichmäßig anwendbar sind, sondern sind auf verbandsrechtlichem Boden erwachsen. So soll das Erfordernis der mehreren Unterschriften auf der Verpflichtungserklärung die Abgabe einer übereinstimmenden Erklärung durch die mehreren Organschaftsträger sichern, die zur Abgabe von schriftlichen, die Gemeinde verpflichtenden Erklärungen verfassungsmäßig gemeinsam berufen sind, die Beidrückung des Gemeindesiegels soll kundtun, daß es sich nicht um eine Erklärung der Organschaftsträger für sich persönlich, sondern um eine Erklärung der Verbandsperson selbst handelt, das

---

6) So Lindemann-Soergel BGB. Anm. zu § 125.

7) Als privatrechtliche Formvorschriften in diesem Sinne kommen in Betracht:

a) einfache Schriftform in § 766 BGB. (Bürgschaft), § 780 (Schuldversprechen) § 781 (Schuldanerkenntnis);

b) gerichtliche oder notarielle Beurkundung z. B. in den §§ 311, 312, 313 BGB. (Verpflichtung zur Uebertragung von gegenwärtigem Vermögen, Nachlaß lebender Dritter, von Grundstücken), § 518 BGB. (Schenkungsversprechen).

Dagegen ist beim Wechsel und bei der Anweisung die Schriftform durch die Transportfunktion bedingt.

8) Eine Ausnahme gilt, soweit die Formvorschriften der §§ 766, 780, 781 BGB. in Frage kommen, nur für die Vollkaufleute des HGB., die das Gesetz allgemein für geschäftserfahren und rechtskundig genug hält, daß sie sich der Gefahren bei der Vornahme solcher Rechtsgeschäfte bewußt sind (§§ 350 u. 351 HGB.).

Erfordernis, den Gemeindebeschluß in der Erklärung anzuführen, soll das Erklärungsorgan in den Fällen, in denen es den Willen der Verbandsperson nicht selbst bildet, sondern ein anderes Organ (so etwa die Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung) an der Willensbildung der Verbandsperson wenigstens beteiligt ist, anhalten, nur solche Erklärungen Dritten gegenüber abzugeben, die dem wirklichen Willen der Verbandsperson entsprechen (für die die erforderlichen Beschlüsse der Gemeindevertretung vorliegen). Die Beifügung einer beglaubigten Ausfertigung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde schließlich hat die praktische Durchführung der für die kommunale Verbandsperson typischen Staatsaufsicht in weitestgehendem Maße sicherzustellen.

Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß die kommunalrechtlichen Formvorschriften gegen Gefahren schützen sollen und Aufgaben zu erfüllen haben, die in der Eigenart der verbandsrechtlichen Organisation, und zwar ganz besonders in der kommunalrechtlichen Organisation begründet sind. Geht man aber davon aus, und erkennt man weiter, daß sich die Ausgestaltung dieser Formen im einzelnen den verbandsrechtlichen Bedürfnissen anpaßt, und nimmt man noch hinzu, daß sie auch vom Gesetzgeber in Verfassungsgesetze eingebettet sind, so kann man daraus keinen anderen als den Schluß ziehen, daß die kommunalrechtlichen Formvorschriften auch ihrer rechtlichen Natur nach Verbands- und Verfassungsrecht sind und zu den Vorschriften gehören, die das Wollen und Handeln der Gemeinden betreffen. Als verbandsrechtliche Vorschriften aber sind sie öffentliches Recht, denn wir haben gesehen, daß alles Verbandsrecht öffentlichrechtlicher Körperschaften öffentliches Recht ist und es auch bleibt, wenn die Verbandsperson im Privatrechtsverkehr tätigt wird[9]).

Sonach sind die kommunalrechtlichen Formvorschriften als Bestandteil des öffentlichen Rechts auch ihrer Bedeutung für die Betätigung der Gemeinden im Privatrechtsverkehr keineswegs entkleidet und, von Art. 55 EG. BGB. unberührt, in Kraft geblieben.

2. Auf einem anderen Wege gelangt Boehm[10]) dazu, jede materiellrechtliche Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften überhaupt zu bestreiten, indem er davon ausgeht, daß die Fähigkeit des Gemeindevorstehers, die Gemeinde nach außen zu vertreten, keineswegs unbeschränkt sei, und daß es für die Gültigkeit seiner Erklärungen nach außen auf das Vorliegen entsprechender Gemeindebeschlüsse ankomme, durch die der Gemeindevorstand erst zu einer nach außen rechtswirksamen Erklärung ermächtigt werde. Die Erfüllung der Form allein bewirke noch nicht die Gültigkeit gemeindlicher Willenserklärungen, sie sei nicht ausreichend, aber deshalb auch in keinem Fall notwendig. Die Vertretungsvorschriften wollen nach seiner Meinung ihrem formellen Inhalt nach nur die schriftlichen Willenserklärungen der Gemeinden nach

[9]) O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 603.
[10]) ArchöR. 21/222 ff.

außen hin durch eine besondere Form als „publizistische Akte" kenntlich machen, und wenn die LGO. noch die Anführung des Gemeindebeschlusses erfordere, so „sei dem keine prinzipielle Bedeutung beizumessen"[11]).

Der Richtigkeit dieser Auffassung steht der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen, daß Urkunden in der gedachten Form „gültig" unterzeichnet werden. Urkunden, die keine Verpflichtung für die Gemeinde begründen, werden nach den Städteordnungen vom Bürgermeister, nach den Landgemeindeordnungen vom Gemeindevorsteher allein „gültig" unterschrieben. Es wäre nun aber nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber demgegenüber für Urkunden, die die Gemeinden Dritten gegenüber „verbinden" oder „verpflichten" sollen[12]), die Erfüllung anderer, und zwar insbesondere für Landgemeinden sehr viel lästigerer Formen vorgeschrieben hat, wenn die Erfüllung dieser Form nicht zugleich die materiellrechtliche Wirkung der Gültigkeit der abgegebenen Erklärung herbeiführen soll ohne Rücksicht darauf, ob die nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen weitergehenden Voraussetzungen (etwa Beschluß der Gemeindevertretung) tatsächlich vorliegen.

Entgegen der von Boehm vertretenen Auffassung ist man sich daher heute mit Recht einig darüber, daß die Erfüllung der in den Kommunalgesetzen vorgeschriebenen Formen dem mit der Gemeinde verhandelnden Dritten eine Garantie für die unbedingte Gültigkeit der seitens der Gemeinde abgegebenen Erklärung bietet[13]).

II. Die Theorien von der relativen Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften für den Privatrechtsverkehr der Gemeinden.

1. Hier ist zuerst zu nennen die Auffassung, daß die Formvorschriften der Gemeindeverfassungsgesetze dann beobachtet werden müssen, wenn rein faktisch sich die Abgabe der Erklärung in einer Urkunde vollzieht, so etwa wenn die Bedingungen eines gegenseitigen Vertrages schriftlich festgelegt werden[14]), daß aber jeder andere modus contrahendi, insbesondere also die bloße mündliche Willenserklärung durch die allgemeine Erklärungsmacht des Magistrats bzw. des Gemeindevorstehers gedeckt wird.

Diese Auffassung hat gegenüber anderen Auslegungsversuchen das für sich, daß sie sich dem Wortlaut des Gesetzes zwanglos anpaßt.

---

11) a.a.O. S. 238/239.

12) Diese verschiedene Fassung des Gesetzeswortlautes bedeutet sachlich das Gleiche; RGZ. 83/396 ff.; Loewe S. 16.

13) RGZ. 31/322 ff.; RGZ. JW. 1905/446; Helfritz, Vertretung S. 126; vgl. auch O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 678 Anm. 2.

14) RGZ. 50/23 ff.; OLG. Kiel in schlesw.-holst. Anzeiger 1909/188; OLG. Hamm, zit. v. Biermann in JW. 1912/818 f.; Förster-Eccius § 283 Anm. 24; Schneider, soweit die Erklärungen der preußischen Landgemeinden in Betracht kommen: ArchöR. 15/255.

Dagegen hat aber das RG. mit Recht eingewandt, daß nicht einzusehen sei, „wie der Gesetzgeber dazu gekommen sein sollte, den Gemeindevorsteher bei der Abfassung mündlicher Verträge der bezeichneten Art so gänzlich uneingeschränkt, bei schriftlichen Verträgen aber nur unter sehr erheblichen Kautelen und Schutzmaßregeln mit für die Gemeinde verbindlicher Kraft wirken zu lassen."[15]). Wäre die Meinung, daß die Beobachtung der Formvorschriften in den Fällen tatsächlicher Abgabe von schriftlichen Erklärungen zu erfolgen habe, Allgemeingut der Rechtsprechung geworden, so würde das im Endergebnis dazu geführt haben, daß die Gemeinden, um auf jeden Fall gültige Rechtsgeschäfte zustandekommen zu lassen, bei Abgabe von Verpflichtungserklärungen die Schriftform häufig möglichst vermieden hätten, eine Folge, die sicherlich weder im Interesse der Rechtssicherheit des Verkehrs gelegen noch dem wirklichen Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte.

2. Auf eine andere Lösung, die von verschiedenen Seiten Zustimmung erfahren hat, hat zuerst Helfritz in seiner Schrift von der „Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens", hingewiesen. Er wendet sich hierbei vor allem gegen die ursprünglich vom RG. vertretene Auffassung, daß sich preußische Gemeinden nicht anders verpflichten könnten als durch Urkunden in der Form der §§ 56 Ziff. 8 östl. StO. und § 88 Ziff. 7 östl. LGO. Wenn er nach einer gründlichen und anregenden Untersuchung der gemeindlichen Verwaltung zu dem Ergebnis kommt, daß die Vertretung der Gemeinden nach außen nicht ausschließlich dem Magistrat, sondern im verfassungsmäßigen Bereich ihrer sachlichen Zuständigkeit auch den städtischen Deputationen und Kommissionen, und im Wege der Zuständigkeitsübertragung auch ihren Leitern und anderen Kommunalbeamten zukomme, daß m.a.W. eine Vertretung der Gemeinde nach außen durch den Magistrat nur dann erforderlich sei, wenn sie aus einem seiner Verwaltung vorbehaltenen Geschäftszweig herrühre oder in der Ausführung eines besonderen Beschlusses der Gemeindekörperschaften enthalten sei[16]), so kann man ihm hierin nur vollauf zustimmen. Dagegen fordert seine Auffassung, daß die Beachtung der Formerfordernisse der Kommunalgesetze nur in denjenigen Fällen unerläßlich sei, in denen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen außerhalb des Kommunalrechts, das Zustandekommen des Rechtsaktes von der Errichtung einer Urkunde abhängig sei[17]), aus mehr als einem Grunde zum Widerspruch heraus.

---

[15]) RGZ. 64/412; RG. JW. 1922/392 f.; Hausmeister, PrVerwBl. 34/872 ff. (873); Schreiber S. 517.

[16]) Vertretung S. 114; vgl. auch in Brauchitsch, VII, S. 384/385; Grundriß, S. 74/75.

[17]) Vertretung S. 121/122; in v. Brauchitsch Bd. VII S. 385 vertritt Helfritz eine etwas andere Auffassung, in dem er meint, daß auch in den Fällen, in denen der Magistrat und nicht eine ihm untergeordnete Behörde oder Dienst-

Freilich hat das preußische OVG. in seiner Entscheidung vom 25. Jan. 1916[18]) diesen Gedanken von Helfritz aufgenommen und ihn dahingehend weiterentwickelt, daß die Formvorschriften der Kommunalgesetze nur dann zu beachten seien, wenn nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts die Beobachtung der Schriftform vorgeschrieben sei. In den Entscheidungsgründen des Urteils wird das folgendermaßen zum Ausdruck gebracht:

> „Darüber, wann ein bürgerliches Rechtsgeschäft die Schriftform erfordert, entscheidet vielmehr das bürgerliche Recht; seine Normen gelten in gleicher Weise für juristische wie für natürliche Personen. Will eine Verbandsperson am rechtsgeschäftlichen Leben teilnehmen, so muß auch sie sich dann, aber auch nur dann, wenn das bürgerliche Recht dies erfordert, zur Abgabe der verpflichtenden Erklärung durch ihre Organe der Schriftform bedienen. Selbstverständlich haben zur Rechtsgültigkeit der schriftlichen Willenserklärung ihre Organe hierbei die in den Gemeindeverfassungsgesetzen aufgestellten öffentlichrechtlichen Erfordernisse über die Form von Urkunden, die die Gemeinden Dritten gegenüber verbinden sollen, zu erfüllen. Wo das bürgerliche Recht aber die Schriftlichkeit zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht vorschreibt, sind die Organe einer Verbandsperson an die Beobachtung der für Urkunden der gedachten Art durch die Gemeindegesetze erforderten Form nicht gebunden".

Dies Ergebnis, daß für die Gültigkeit gemeindlicher Verpflichtungserklärungen das Bürgerliche Recht das *Wann*, das Kommunalrecht das *Wie* der formgerechten Verpflichtungsurkunde regle, ist praktisch unbefriedigend und rechtlich unhaltbar.

Nach dieser Lösung würde die Anwendung der Formvorschriften in Frage kommen im wesentlichen bei Bürgschaftserklärungen, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen, Anweisungen, Wechseln und Schecks. Dagegen würde bei Ausstellung von Darlehnsschuldscheinen, bei Abschluß von Gewährverträgen, langfristigen Verträgen mit Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerken über Lieferungen selbst allergrößten Ausmaßes das Erklärungsorgan die Gemeinde ohne jede Formalität und unbeschränkt verpflichten können. Vergegenwärtigt man sich noch einmal, wie alle kommunalrechtlichen Formvorschriften ihre Bedeutung und ihre Begründung ausschließlich aus der Eigenart der kommunalen Verbandsorgane herleiten, so will es nicht recht einleuchten, warum zwei, vom kommunalrechtlichen Standpunkt aus gesehen, Verpflichtungen gleichen Umfanges erzeugende Willenserklärungen, so gänzlich verschieden behandelt werden sollen. Das Unbefriedigende dieser Lösung tritt besonders klar zu Tage in der LGO., wo der Gemeindevorsteher nach der Auffassung von Helfritz eine Bürgschaftserklärung oder eine Wechselverpflichtung nur unter Mitwirkung eines Schöffen, unter Anführung des Gemeindebeschlusses und der Genehmigung der Aufsichtsbehörde und Beidrük-

---

stelle eine *schriftliche* Verpflichtung eingehen *wolle*, dies in der Form des § 56 Z. 8 StO. zu geschehen habe. Gegen die Richtigkeit dieser Auffassung ist hervorzuheben, was oben unter 1) gesagt worden ist.

[18]) OVGE. 70/263.

kung des Gemeindesiegels abgeben kann, während er andere Verträge von derselben oder von gar erheblicherer wirtschaftlicher Bedeutung, die im Innenverhältnis in gleicher Weise eines Gemeindebeschlusses oder der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen (z. B. Darlehn), allein (ohne Mitwirkung eines Schöffen) und ohne des Gemeindebeschlusses oder der Genehmigung auch nur Erwähnung zu tun, rechtswirksam abschließen darf, nur weil aus Gründen, die im Bereich des Individualrechts liegen, das bürgerliche Recht in dem einen Fall Schriftlichkeit vorschreibt, im anderen dagegen nicht.

Es begegnet einem hier derselbe Fehler, den auch diejenigen machen, die die Unwirksamkeit der kommunalrechtlichen Formvorschriften aus Art. 55 EG. BGB. herleiten wollen: die reinliche Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, zwischen Verbands- oder Verfassungsrecht und Individualrecht, wird nicht streng durchgeführt. Das ist um so verwunderlicher bei Helfritz[19]), weil gerade er diese säuberliche Scheidung immer wieder fordert und sogar er selbst zu der Erkenntnis kommt: „Die Vorschriften der Gemeindegesetzgebung aber liegen außerhalb der Rechtsinstitute des Privatrechts, sie geben die Formen, in denen sich das organschaftliche Handeln vollzieht, ohne Rücksicht darauf, welche Form das Privatrecht für das einzelne Rechtsgeschäft verlangt"[20]). Wenn Helfritz dann trotzdem bürgerlichrechtliche Vorschriften darüber entscheiden läßt, in welchen Fällen sich das Handeln des Erklärungsorgans in den kommunalrechtlichen Formen vollziehen muß, um als rechtswirksames Handeln der Verbandsperson zu gelten, so gibt er auf eine Frage des Verbandsrechts eine Antwort aus dem Individualrecht. Zwischen beiden aber steht eine hohe Scheidewand.

Die logisch vorgehende Prüfung der Gültigkeit gemeindlicher Rechtsgeschäfte beginnt in dem für die Beurteilung ihrer Willens- und Handlungsfähigkeit allein maßgeblichen Bereich des Verbands- oder Verfassungsrechts, hier also des Kommunalrechts. Treten hierbei Schwierigkeiten auf, so müssen sie ausschließlich aus dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht gelöst werden, niemals aber dürfen individualrechtliche Vorschriften bei der Auslegung zu Hilfe gezogen werden. Ist die gemeindliche Erklärung von dem verfassungsmäßig dazu berufenen Organ in der verfassungsmäßig bestimmten Form abgegeben worden, besteht also über Willens- und Handlungsfähigkeit der Verbandsperson kein Zweifel mehr, so hat sich — bei logischem Vorgehen — die weitere Prüfung in dem vom Verfassungsrecht völlig abgesonderten Individualrechtsraum zu vollziehen (so etwa die Prüfung der Voraussetzungen einer gültigen Bürgschaftserklärung § 766 BGB. oder eines gültigen Kaufvertrages (§§ 433 ff.). Verfassungsrechtliche Formen können nun keine Rolle mehr spielen.

---

[19]) Vertretung S. 3, 120/121.
[20]) a.a.O. S. 120/121.

Der Grundsatz, der sich hiernach gegen die Richtigkeit der Lösung von Helfritz und damit auch gegen die Richtigkeit der Rechtsprechung des Preuß. OVG. wendet, geht also dahin:

Niemals kann das Individualrecht eine Antwort geben auf eine Frage, die dem Bereich des Verbandsrechts, hier dem des kommunalen Verfassungsrechts, angehört.

Die gleiche These richtet sich auch gegen *Jansen*, der neuerdings versucht hat, mit einer rechtshistorischen Begründung zu dem gleichen Ergebnis zu gelangen wie Helfritz. Er weist darauf hin, daß die preußischen GO. zu einer Zeit entstanden seien, als noch das ALR. in Geltung gewesen sei[21]). Das ist insofern von Bedeutung, als nach I 5 § 131 ALR.[22]) fast alle Verträge, ausgenommen die Bagatellsachen von unter 50 Talern, formbedürftig waren. Die Lücke in der Regelung des kommunalen Vertretungsrechts, *wann* die vorgesehenen Formen zu beobachten seien, so folgert Jansen weiter, werde durch das ALR. geschlossen. Seitdem aber an die Stelle der privatrechtlichen Bestimmungen des ALR. neue Zivilgesetze (so besonders das BGB.) getreten seien, müßten die kommunalen Formen dann, aber auch nur dann gewahrt werden, wenn in diesen Gesetzen Schriftlichkeit der Erklärung gefordert werde[23]).

Auch diese Begründung, die übrigens nicht neu ist[24]), vermag einer Nachprüfung nicht standzuhalten. Das RG. hat ihr schon früh entgegengehalten, daß sich der Geltungsbereich der LGO. nicht decke mit dem des ALR., das für Neuvorpommern und Rügen sowie für Schleswig-Holstein keine Geltung gehabt habe[25]). Man könnte hinzufügen, daß die Frage in manchen außerpreußischen GO. die gleiche Rolle spielt, in deren Bereich das ALR. nicht galt. Selbst aber dann, wenn sich das nicht einmal einwenden ließe, kann man aus der von Jansen hervorgehobenen Tatsache keinen anderen Schluß ziehen als den, daß eben für den Gesetzgeber der GOen keine Veranlassung vorlag, zu bestimmen, *wann* die kommunalrechtlichen Formvorschriften beobachtet werden mußten, weil ohnehin schon nach individualrechtlichen Grundsätzen die Erklärung in einer Urkunde zu vollziehen war. Daraus kann man aber nicht folgern, daß, als das Privatrecht aus Gründen, die im Bereich der Individualrechtssphäre lagen, zur grundsätzlichen Formfreiheit der Rechtsgeschäfte überging, auch die Voraussetzungen für die Beobachtung der in der Verbandsrechtssphäre erwachsenen Formen fortfielen. Freilich ergab sich nunmehr die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der kommunalen Formen von kommunalrechtlichen Gesichtspunkten aus festzustellen.

---

21) Vertretung S. 27.
22) Koch Bd. I. S. 194.
23) S. 31.
24) So schon früher: Heymann S. 297; Helfritz Vertretung S. 16/17.
25) RGZ. 64/412/413; 67/271.

§ 9.

Wesen und Bedeutung der kommunalrechtlichen Formvorschriften nach der hier vertretenen Legitimationstheorie.

Zu einem anderen Ergebnis als den bisher dargestellten kommt die sogenannte Legitimationstheorie, die in ihren Anfängen auf Otto v. Gierke[1]) zurückgeht und später von Schreiber[2]) ausgebaut worden ist. Sie schreibt der Erfüllung der kommunalrechtlichen Formvorschriften die Bedeutung zu, daß sie in denjenigen Fällen, in denen es an einem der abgegebenen Erklärung zugrundeliegenden Beschluß des zur Willensbildung berufenen Gemeindeorgans fehlt, dem mit der Gemeinde verhandelnden Dritten gegenüber einen solchen Beschluß ersetzt.

Wenn sich diese Auffassung nicht durchgesetzt hat, so liegt das im wesentlichen daran, daß Schreiber bei seiner Begründung die öffentlich-rechtliche Konstruktion und Terminologie zu sehr vernachlässigt hat. Dagegen geht Fischer[3]) in der Begründung seiner Auslegung mehr von öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten aus. Seiner Begründung kommt auch wohl inhaltlich die hier zu gebende am nächsten, sie geht jedoch darin einen eigenen Weg, daß sie den Zwiespalt zwischen Willensbildung und Willenserklärung in den Mittelpunkt der Erörterung stellt.

I. Wille und Erklärung bei der Vertretung der Gemeinden nach außen.

Wille und Erklärung können beim Menschen auseinanderfallen, indem jemand etwas anderes erklärt, als er will. Ob dann rechtlich der wirkliche Wille gelten soll, oder die tatsächlich abgegebene Erklärung, ist keine Frage der Logik, sondern eine Frage der positiven Regelung und ist deshalb auch zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden[4]).

Der Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung kann auch bei einer Verbandsperson eintreten, nämlich dann, wenn ihre Verfassung ein Organ dazu bestimmt, den Willen zu bilden, ein anderes aber dazu, die Erklärungen für sie nach außen abzugeben. Hat dagegen das Erklärungsorgan auch allein den Willen der Verbandsperson zu bilden, ist also eine Beschlußfassung durch ein anderes Organ nicht nötig, so ist nur ein Zwiespalt zwischen natürlichem Wollen und natürlichem Handeln oder Erklären denkbar, so z. B. wenn der Gemeindevorsteher eine Erklärung abgibt, die von ihm nicht gewollt ist oder über deren Inhalt er im Irrtum war. Es entscheidet sich dann nach allgemeinen Rechts-

[1]) Genossenschaftstheorie S. 678 Anm. 2.
[2]) Zeitschr. d. Deutsch. Notarvereins Jg. 1911, S. 495 ff., 583 ff.
[3]) PrVerwBl. 40/259 ff., 307 ff.
[4]) Enneccerus-Nipperdey § 155 I.

grundsätzen, bei privatrechtlichen Geschäften also nach BGB. § 116 ff., welche Wirkung der Dissens zwischen Wille und Erklärung haben soll[5]).

Dagegen entscheidet sich die Frage noch kommunalrechtlichen Grundsätzen, wenn ein Zwiespalt zwischen dem verfassungsmäßig bestimmten Wollen und Handeln einer Gemeinde in Frage steht, so z. B. wenn etwa ein Gemeindevorsteher eine Erklärung über eine Angelegenheit abgibt, die vorheriger Beschlußfassung der Gemeinde bedarf (so etwa bei Aufnahme einer großen Anleihe) und eine solche Beschlußfassung nicht erfolgt ist.

Die rechtsgeschäftliche Bedeutung des Problems ist leicht erkennbar: Läßt man den wirklichen Willen entscheidend sein, so ist zwar die Gemeinde geschützt, denn es wird ihr nur zugerechnet, was sie selbst will, es geschieht ihr kein Unrecht; dagegen ist die Sicherheit im Rechtsverkehr gefährdet, denn der Dritte, der mit der Gemeinde verhandelt, kann sich auf die ihm gegenüber abgegebene Erklärung allein nicht verlassen.

Das ist nur der Fall beim Erklärungsprinzip, also dann, wenn schon die Erklärung allein des verfassungsmäßigen Organs die Gemeinde Dritten gegenüber verpflichtet. Hierdurch kann freilich die Gemeinde Schaden leiden, wenn sich nämlich das Erklärungsorgan nicht nach dem zur Willensbildung berufenen oder wenigstens an ihr beteiligten Organ (Stadtverordnetenversammlung oder Gemeindevertretung) richtet, sondern eigenmächtig Erklärungen abgibt.

Ob nun das Willens- oder Erklärungsprinzip zur Anwendung kommt, entscheidet sich jeweils nach dem positiven Recht, möglich sind folgende Regelungen:

a) im Bereich der Willenstheorie:

1) absolutes Willensprinzip: Zu jeder nach außen rechtswirksamen Willenserklärung ist erforderlich, daß die verfassungsmäßig vorgeschriebenen Beschlüsse der Willensorgane gültig zustande gekommen sind. Eine nachträgliche Beanstandung und Aufhebung der Beschlüsse beeinträchtigt also auch die Gültigkeit der nach außen abgegebenen Erklärungen.

Dieses Prinzip wird mit Recht von niemand ausgesprochen, weil sonst die Rechtssicherheit völlig preisgegeben wäre.

Dem Bedürfnis nach Sicherheit im Rechtsverkehr kommt entgegen:

2) das relative (abgeschwächte) Willensprinzip: hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

α) Willenserklärungen des Erklärungsorgans verpflichten die Verbandsperson nur dann, wenn sie auf Grund vorhandener Beschlüsse der Willensorgane abgegeben werden. Nachträgliche Aufhebung eines Beschlusses schadet aber der Gültigkeit der Erklärungen nicht[6]).

---

[5]) Helfritz, Vertretung S. 71 Anm. 1.

[6]) Eine solche Auffassung vertritt Boehm (ArchöffR. 21/248) für die bisher geltenden preußischen Vertretungsvorschriften unter Berufung auf OVGE. Bd. 27/88 ff.

β) Erklärungen sind nur dann wirksam, wenn sie auf Grund vorhandener Beschlüsse der Willensorgane abgegeben werden. Dem Vorliegen dieser Beschlüsse steht es jedoch gleich, wenn die Erklärung in einer unter Beobachtung strenger Formvorschriften der Kommunalgesetze ausgestellten Urkunde abgegeben wird.

Die kommunalrechtlichen Formvorschriften haben also hiernach eine Bedeutung für die Fälle, in denen der Wille von der Erklärung abweicht, das ist die Auslegung, die ihnen die Legitimationstheorie gibt.

b) Im Bereich der Erklärungstheorie:

1. absolutes Erklärungsprinzip:

Der wirkliche Wille der Gemeinde ist ohne jede Bedeutung für die Gültigkeit ihrer Erklärungen, Formvorschriften sind hier unbekannt[7]).

Die Gefahr, die durch die unbeschränkte Erklärungsmacht entstehen kann, will abschwächen:

2. das relative (abgeschwächte) Erklärungsprinzip:

Dem wirklichen Willen der Gemeinde wird keinerlei Bedeutung beigemessen. Die Gültigkeit der Erklärungen ist aber an die Beobachtung strenger Formen geknüpft, und zwar, weil der innere Wille der Gemeinde nie eine Rolle spielt, grundsätzlich immer. Durch die erforderliche Beobachtung der Formvorschriften wird ein gewisser Schutz der Gemeinden erreicht[8]).

Für die bisherigen preußischen Vertretungsvorschriften mit ihren materiellrechtlich bedeutsamen Formen kann nur fraglich sein, ob in ihnen ein relatives Willensprinzip (wie in a 2) oder das relative Erklärungsprinzip zum Ausdruck gebracht werden soll. Die Entscheidung dieser Frage ist identisch mit der Beantwortung der Frage, ob die Organmacht des Erklärungsorganes beschränkt oder unbeschränkt ist.

II. Die Vertretungsvorschriften der bisher geltenden preußischen Kommunalgesetze stehen auf dem Boden der Willenstheorie.

Es ist erstaunlich, in welchem Umfange die Rechtsansicht, daß die Beschlüsse der Vertretungskörperschaften für die Vertretung der Gemeinden nach außen ohne jede Bedeutung sei (Erklärungsprinzip), als ein jedem Angriff entzogener Rechtssatz von der Rechtsprechung und vom Schrifttum immer wieder übernommen worden ist[9]). Das RG. hat die

[7]) Standpunkt des § 32 des Entwurfes einer Reichsstädteordnung: „Der Bürgermeister vertritt die Stadt nach außen. Zur Abgabe einer Willenserklärung für die Stadt genügt eine Erklärung des Bürgermeisters oder seines Stellvertreters".

[8]) Standpunkt der reichsgerichtlichen Lehre, vgl. z. B. RG. JW. 1905/446, 1922/392.

[9]) So RGZ. 31/322; 50/23 ff.; JW. 1905/446 ff.; GruchBeitr. 26/1078; Keil, LOG. Anm. 29 Abs. 2 zu § 88 (S. 245); Oertel S. 405, Anm. 2.

Richtigkeit dieses Satzes nicht selbst begründet, sondern auf eine Entscheidung des ROHG. vom 24. 4. 1874[9]) verwiesen, die sich allerdings eingehend mit der Frage auseinandersetzt. Das Ergebnis, die unbeschränkte Vertretungsmacht des Magistrates, wird gewonnen mit der Begründung, daß *Inhalt und Entstehungsgeschichte* der preußischen StO. vom 30. Mai 1853 zu einer solchen Annahme nötigten: *der Inhalt*, weil das Gesetz ganz allgemein dem Magistrat Vertretungsbefugnis zulege und schwerlich anzunehmen sei, daß formell für urkundliche Willenserklärungen ein Akt des Magistrates allein genügen sollte, falls deren materielle Wirkung an die Zustimmung der Stadtverordnetenversammlung gebunden sein sollte. Auch weise der Satz, daß eine Beifügung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich sei, deutlich daraufhin, daß ein Beschluß der Stadtverordnetenversammlung nicht erforderlich sei. Daher habe die LGO. vom 14. April 1856, welche das entgegengesetzte Prinzip aufstelle, auch hinsichtlich der Form eine entgegengesetzte Vorschrift aufgenommen. — *Die Entstehungsgeschichte*, weil aus der aufgehobenen GO. vom 11. März 1850 die Vertretungsbefugnis des Magistrats allein folge, und weil schon in ihr die Formvorschriften des § 127 der revidierten StO. vom 17. März 1831 weggefallen und damit das Prinzip der revidierten StO. deutlich verlassen sei.

Im wesentlichen ist es also der Gedanke, daß nach den neueren preußischen Städteordnungen der Magistrat die Stadt nach außen vertritt und daß die Anführung des Gemeindebeschlusses in der Urkunde nicht mehr gefordert wird, der das ROHG. veranlaßt hat, eine unbeschränkte „Vertretungsbefugnis" — um ausnahmsweise einmal bei der falschen Terminologie des ROHG. zu bleiben — des Magistrats anzunehmen, für die Landgemeinden aber, in deren Urkunden die Anführung des Gemeindebeschlusses notwendig ist, das entgegengesetzte Prinzip aufzustellen[11]).

Hiernach ist jedenfalls die Auffassung des RG., daß sowohl dem Magistrat als auch dem Gemeindevorsteher eine unbeschränkte Erklärungsmacht zukomme, nicht zu halten.

Aber auch die Meinung des ROHG. kann nicht richtig sein. Einer verschiedenen Auslegung der Vertretungsvorschrift der Stadt und Landgemeindeordnungen steht entgegen, daß sie alle bezüglich der „Vertretung nach außen" in ihrem Wortlaut übereinstimmen, indem nach der Städteordnung der Magistrat die Stadtgemeinde nach außen vertritt, nach der LGO. aber der Gemeindevorsteher.

Gerstmeyer Anm. 12 zu § 60 schlesw.-holst. StO., Korn S. 117. Für die Stadtgemeinden, nicht aber für die Landgemeinden nimmt das an: Koch III, S. 757 ff. Anm. 9a, Dernburg S. 108.

[10]) RGHGE. 13/333 ff.

[11]) Die gleiche Ansicht vertreten Dernburg, Preuß. Privatrecht S. 108, 2; Koch ALR. III Bd. S. 757 ff. Anm. 9c; Wohlfahrt JW. 1913/713; Weigert PrVerwBl. 36/22/23.

Zu dem vom RG. vertretenen Grundsatz gelangt mit einer anderen Argumentation Helfritz, der so folgert: „Wenn ein Organ allein zuständig ist, nach außen rechtswirksam zu handeln, so hat eben das Gesetz die Erklärungen dieses Organs als maßgebend hingestellt“[12]).

Diese Deduktion ist jedoch keineswegs zwingend. Denn wenn das Gesetz sagt, daß der Magistrat die Stadt nach außen vertritt, braucht sich daraus nur zu ergeben, daß die Stadtverordnetenversammlung nicht nach außen vertreten kann, nicht aber auch, daß der Magistrat unbeschränkt vertritt. Denn auch dann, wenn die Gültigkeit seiner Erklärungen von der vorherigen Beschlußfassung durch die Stadtverordneten abhängt, ist doch er allein zuständig, für die Stadt nach außen rechtswirksam zu handeln.

Tatsächlich besagt der Satz: „Der Magistrat (Gemeindevorsteher) vertritt die Gemeinde nach außen“ nicht mehr und nicht weniger als jene andere Vorschrift der Gemeindeordnungen: „Die Stadtverordnetenversammlung (Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung) darf ihre Beschlüsse niemals selbst zur Ausführung bringen“[13]). Solcher ausdrücklicher Feststellungen im Gesetz bedurfte es deshalb, weil in den älteren preußischen Städteordnungen die Stadtverordnetenversammlung die Gemeinde nach außen zu vertreten hatte[14]). Nach den neueren Gemeindeordnungen ist aber allein der Magistrat, in Landgemeinden der Gemeindevorsteher das Sprachrohr, durch das die Gemeinde mit der Außenwelt in Verbindung treten kann[15]). Das will das Gesetz zum Ausdruck bringen[16]). Keineswegs ist jedoch die den Erklärungsorganen zugewiesene Zuständigkeit eine Dritten gegenüber unbeschränkte. Das ergibt sich aus folgendem:

Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Stadtrechts hat überall nur eine durch die Verfassung begrenzte Erklärungsmacht des Gemeinderats anerkannt und den diese verfassungsmäßigen Grenzen überschreitenden Willenserklärungen des Rates keine Rechtswirkungen gegen die Gemeinde beigemessen[17]). So berichtete z. B. Otto v. Gierke[18]), daß schon im Jahre 1340 der lübeckische Rat in einem beim Papst abgelegten Zeugnis diesen Grundsatz klar ausgesprochen habe, indem er die Ungültigkeit eines von den Hamburger Bürgermeistern mit dem

---

[12]) Vertretung S. 77, vgl. auch S. 71. Das Gleiche nimmt Neuwiem (S. 188/189) für das Zweckverbandsgesetz an, das allerdings keine Formvorschriften kennt. Da aber nach § 11 a.a.O. der Verbandsausschuß über die Verbandsangelegenheiten beschließt, und der Verbandsvorsteher, der nach der gleichen Vorschrift den Zweckverband nach außen vertritt, nur ausführende Behörde ist, wird man annehmen müssen, daß im Zweckverbandsgesetz das Willensprinzip erklärt werden sollte.

[13]) Oestl. StO. § 36 S. 3; östl. LGO. § 103, 3. Halbs.

[14]) So StO. v. 1831 § 75.

[15]) Natürlich gilt das in beschränktem Umfang auch für die städtischen Ausschüsse und die Gemeindebeamten.

[16]) So auch Boehm S. 227, Meier S. 45 ff.

[17]) ROHG. a.a.O.

[18]) Genossenschaftsrecht Bd. II, S. 778.

dortigen Domkapitel abgeschlossenen Vertrages daraus herleitete, daß denselben die verfassungsmäßige Kompetenz dazu gefehlt habe. Denn nach einem in Hamburg über Menschengedenken hinaus geübten Gewohnheitsrecht könnten die dortigen Bürgermeister erheblichere Rechtsgeschäfte der Stadt nur mit Zustimmung des gesamten Rates, ganz wichtige Rechtsgeschäfte der Stadt aber nur unter Zuziehung des Rates, der Vollbürgerschaft und der Zunftmeister vornehmen. Anderenfalls sei das städtische Rechtsgeschäft null und nichtig. Und dasselbe gelte in Lübeck und den Nachbarstädten.

Das hierin zum Ausdruck kommende Willensprinzip gilt auch nach der Ansicht des ROHG. unzweifelhaft noch für die StO. von 1831. Dagegen soll es in den Gemeindeordnungen von 1850 und 1853 deutlich verlassen worden sein.

Führt man sich nun noch einmal vor Augen, welche umstürzende Aenderung der Uebergang vom Willens- zum Erklärungsprinzip für einen Gesetzgeber bedeuten mußte, der bis dahin nichts anderes kannte, als daß selbstverständlich das Erklärungsorgan nur im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Kompetenz die Gemeinde nach außen vertreten konnte, so muß man mit Recht erwarten, daß die Gesetzesmaterialien der beiden Gemeindeordnungen auch diese grundlegende Erweiterung der Erklärungsmacht wenigstens berühren. Tatsächlich ist aber weder in den Motiven der aufgehobenen GO. vom 11. März 1850 noch in den Motiven und der Begründung zur StO. vom 30. Mai 1853 mit einem Wort davon die Rede, daß die Erklärungsmacht des Gemeindevorstandes von nun an unbeschränkt sein sollte[19]).

Daß vielmehr in den bisherigen preußischen Gemeindeordnungen noch das Willensprinzip zum Ausdruck kommen sollte, ergibt sich aus der Beratung der LGO. vom 3. Juli 1891. Im Entwurf war die Beifügung des dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts zugrundeliegenden Gemeindebeschlusses *in beglaubigter Form* vorgesehen worden. Statt dessen wurde in der Kommission des Abgeordnetenhauses vorgeschlagen, die *Anführung* des Beschlusses *in der Urkunde* genügen zu lassen, ein Vorschlag, der auch angenommen und zum Gesetz erhoben wurde. Auf diesen Vorschlag erwiderte der Vertreter der Staatsregierung[20]), an dem Erfordernisse, daß den in Abs. 5 des § 87 bezeichneten Urkunden der dem Abschlusse des Geschäfts zugrundeliegende Gemeindebeschluß und die dazu etwa erforderliche Genehmigung oder Entschließung der Aufsichtsbehörde in beglaubigter Form beigefügt sein müsse, sei um deswillen festgehalten worden, *weil der Gemeindebeschluß und eventuell die Genehmigung oder Entschließung der Aufsichtsbehörde wesentliche Voraussetzungen des rechtlichen Bestandes des Rechtsgeschäfts seien* und die desfallsige bislang geltende Vorschrift bei der prak-

19) Boehm a.a.O. S. 231 ff.

20) Drucksachen des Abgeordnetenhauses (3. Session der 17. Legislaturperiode) 1890/1891, II. Bd. Nr. 145 S. 1487 f.; vgl. auch RGZ. 73/74.

tischen Vollziehung zu keinen Anständen geführt habe. An dem Wesen der Vorschrift sei dadurch, daß nach dem neuen Gesetz der Gemeindebeschluß nicht mehr in beglaubigter Form der Urkunde beigefügt werden müsse, sondern seine bloße Anführung genüge, nichts geändert worden. Auch in dieser Gestalt habe sie den Sinn und die Bedeutung bewahrt, daß dadurch das Vorhandensein eines im voraus das Geschäft genehmigenden Gemeindebeschlusses und dessen Bekanntgabe an den anderen Vertragsteil als Erfordernis der vom Gemeindevorsteher für die Gemeinde vorgenommenen, für diese verbindlichen Rechtsgeschäfte zum Ausdruck gebracht werden sollte. Es könne in dieser Beziehung auch auf die Genehmigung der Aufsichtsbehörde verwiesen werden, die zur Rechtswirksamkeit der vom Gemeindevorsteher vorgenommenen Rechtsgeschäfte in gewissen gesetzlich vorgesehenen Fällen erforderlich sei, und bezüglich deren in dem früheren wie in dem neuen Gesetz dasselbe vorgeschrieben sei.

Ebenso klar kommt das Willensprinzip zum Ausdruck in der Bestimmung des § 22 II der Kirchengemeinde- und Synodalordnung für die östl. Provinzen vom 10. Sept. 1873[21]), die die Rechtsprechung und das Schrifttum als Parallele zum Vertretungsrecht der Kommunalgesetze wertet:[22])

> „Zu jeder die Gemeinde verpflichtenden Willenserklärung des Gemeindekirchenrats bedarf es der Unterschrift des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters und zweier Aeltesten, sowie der Beidrückung des Kirchensiegels.
>
> Hierdurch wird Dritten gegenüber die ordnungsmäßige Fassung des Beschlusses festgestellt, sodaß es eines Nachweises der einzelnen Erfordernisse desselben, insbesondere der erfolgten Zustimmung der Gemeindevertretung, wo eine solche notwendig ist, nicht bedarf".

Schließlich mag noch bemerkt werden, daß auch das Vertretungsrecht in den Gemeindeordnungen der größeren deutschen außerpreußischen Länder vom Willensprinzip beherrscht wird, indem der Bürgermeister dort außerhalb seiner eigenen Zuständigkeit in Geschäften der laufenden Verwaltung nur „auf Grund der Beschlüsse des Gemeinderats" zur Vertretung nach außen berufen ist[23]).

III. Die Dezentralisation in der Gemeindeverwaltung.

Mit Recht stellt Helfritz[24]) für den Bereich der Magistratsverfassung als besonderes Merkmal ihrer Entwicklung im 19. Jahrhundert fest, daß im Verhältnis zwischen Magistrat und Stadtverordneten die Be-

---

[21]) GS. S. 417 ff.

[22]) OVGE. 70/263 ff.; Loewe S. 10; Helfritz S. 126; Heymann S. 292; Schreiber S. 499.

[23]) So bayr. GO. Art. 57 I S. 3; württemb. GO. Art. 99 I S. 2; bad. GO. § 42 I S. 2; anders dagegen § 91 I S. 3 der sächs. GO.

[24]) Vertretung S. 5.

deutung des ersteren wesentlich gestiegen sei. In der StO. von 1808 lag das Schwergewicht der Verwaltung bei der Stadtverordnetenversammlung, der Magistrat war nur ausführendes Organ. Die Erfahrungen, die man mit der Städteordnung in ihrer praktischen Auswirkung machte, waren aber keine sehr günstigen. Als 18 Jahre nach ihrem Erlaß die StO. von 1808 auch in Westfalen eingeführt werden sollte, gab dies Anlaß zu einer Reihe von Aeußerungen Steins, die auf sehr ungünstige Wahrnehmungen besonders in der schrankenlosen Herrschaft der Stadtverordnetenversammlungen schließen lassen[25]). So kam es, daß schon die Städteordnung vom 17. 3. 1831 die Staatsaufsicht erheblich verschärfte. Zugleich wurde das Verhältnis zwischen Magistrat und Stadtverordnetenversammlung zugunsten größerer Machtbefugnisse des Magistrats neu geregelt[26]).

Praktisch bedeutet nun diese Verlagerung des Schwergewichts eine immer wachsende Beteiligung des Magistrats (bzw. Bürgermeisters oder Gemeindevorstehers) an der gemeindlichen Willensbildung. Diese Beteiligung ging schließlich soweit, daß nach der östl. StO. von 1853 ein Tätigwerden der Gemeinde ohne Willensbildung des Magistrats überhaupt nicht mehr denkbar ist. Das kommt in den Worten des Gesetzes zum Ausdruck, daß die Ausführung der Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung dem Magistrat obliegt, aber nur, „sofern er sich mit denselben einverstanden erklärt"[27]), der Magistrat hat also ein regelrechtes Mitbeschließungsrecht, wenigstens bei positiven Beschlüssen.

Umgekehrt erfordert aber nicht jedes Handeln der Gemeinde nach außen eine Willensbildung durch die Vertretungskörperschaft („Die Stadtverordnetenversammlung hat über alle Gemeindeangelegenheiten zu beschließen, *soweit dieselben nicht ausschließlich dem Magistrat überwiesen sind*", § 35 Abs. 1 S. 1 östl.StO.). Jener verbreiteten Gegenmeinung, die die Beteiligung der Vertretungskörperschaft an der Willensbildung für *jedes* Rechtsgeschäft der Gemeinde in der besonderen Beschlußfassung oder aber in der Bewilligung des Haushaltsplanes sehen will[28]), kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil sie in offenem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes steht. Tatsächlich gibt es einen eigenen Zuständigkeitsbereich des Magistrats, in dem dieser selbständig und ausschließlich den Willen der Gemeinde zustande kommen läßt. Die Feststellung des Haushaltsplanes ist keine Beschlußfassung über diese eigenen Geschäfte des Magi-

---

[25]) Helfritz in: von Brauchitsch, Bd. VII S. 317 mit den dort angeführten Belegstellen.

[26]) Helfritz a.a.O. S. 318.

[27]) § 56 Z. 2 östl. StO.; die Beteiligung des rhein. Bürgermeisters und des Gemeindevorstehers in den östl. Provinzen geht allerdings nicht ganz so weit. Beide müssen die Beschlüsse der Vertretungskörperschaft ausführen, sofern sie dieselben nicht formell bestanden (rhein. StO. § 53 Abs. 1 Ziff. 2; östl. LGO. § 88 IV Z. 3).

[28]) So Helfritz, Vertretung S. 75; Loewe S. 18; Fischer S. 307.

strats. Die Stadtverordnetenversammlung hat auf sie keinen unmittelbaren Einfluß, erfährt in der Regel von ihnen nichts und kann sie somit auch nicht „wollen".

Es ist auch nicht richtig, von einer „Ausführung des Haushaltsplanes"[29]) zu sprechen. Der Haushaltsplan wird nicht „ausgeführt", verwirklicht[30]), sondern er ist nur die im Innenverhältnis maßgebliche Anweisung der Stadtverordneten an den Magistrat, bei der Erledigung der zum eigenen Zuständigkeitsbereich des Magistrats gehörenden Aufgaben mit den festgestellten Haushaltspositionen auszukommen, die festgesetzte Höchstgrenze nicht zu überschreiten.

Der eigene Zuständigkeitsbereich des Magistrats umfaßt die Geschäfte des § 56 östl. StO.[31]), also die Verwaltungstätigkeit, die etwas ungenau als die „laufende Verwaltung" bezeichnet wird. Bei Geschäften dieser Art ist also der Magistrat (bzw. Bürgermeister und Gemeindevorsteher) sowohl selbständiges Willens- als auch Erklärungsorgan der Gemeinde[32]).

Nun kann aber der Magistrat bei weitem nicht alle Geschäfte des § 56 östl. StO. selbst erledigen. Die Uebertragung dieser Geschäfte auf ihn schließt auch nicht aus, daß er sich bei ihrer Erledigung seiner Unterorgane bedient[33]). Hierfür kommen in erster Linie der Bürgermeister, die städtischen Deputationen und Kommissionen in Betracht, die „zur dauernden Verwaltung oder Beaufsichtigung einzelner Geschäftszweige sowie zur Erledigung vorübergehender Aufträge" gebildet werden können[34]). Ihre sachliche Zuständigkeit wird durch die Ortssatzung, durch Gemeindebeschlüsse (Autonomie), vielfach aber auch durch Herkommen (Observanz) bestimmt. Soweit ihr Geschäftsbereich gilt, sind sie selbständiges Willensorgan der Gemeinde und auch zu ihrer Vertretung nach außen eingesetzt[35]).

Aber auch bei der Beteiligung der Deputationen an der selbständigen Verwaltung von Gemeindeangelegenheiten bleibt die Dezentralisation der Kommunalverwaltung nicht stehen. In der Praxis üblich ist es, daß ein großer Teil der Geschäfte, zumal die einfacheren und laufend wiederkehrenden von ihnen von dem Vorsitzenden der Ausschüsse,

---

29) So Helfritz, Grundriß S. 72: „Ausführung des Etats".

30) Es ist ein anerkannter Grundsatz des Haushaltsrechtes, daß die Ausgabenbewilligung nur eine Ermächtigung, nicht aber eine Verpflichtung zur Ausgabe begründet: Trumpler S. 14.

31) Der eigene Geschäftsbereich des rhein. Bürgermeisters richtet sich nach § 53 rhein. StO., der des Gemeindevorstehers der östl. Provinzen nach § 88 östl. LGO., der des bayrisch. Bürgermeisters nach Art. 17 I S. 3, 4 und 6 der bayr. GO.

32) Fischer S. 308; Schreiber S. 505 ff.; das Gesetz spricht hier von „verwalten", während von „ausführen" die Rede ist, wenn ein Beschluß der Vertretungskörperschaft erforderlich ist.

33) Fischer a.a.O.

34) § 59 östl. StO.

35) Fischer S. 308.

ja sogar von den Abteilungsleitern oder anderen Kommunalbeamten in eigener Zuständigkeit erledigt werden. „Die Zuständigkeit des einzelnen Beamten zu dieser Geschäftsführung beruht ebenfalls ausschließlich auf dem Gemeindeverfassungsrecht, das die Kompetenz einzelner Beamten als Unterorgane des Magistrats autonom bestimmen kann“[36]). Die Zuständigkeit wird im einzelnen bestimmt und abgegrenzt durch Ortsrecht, und zwar: Ortssatzung, Gemeindebeschlüsse, Satzung des Magistrats und der Deputationen, ferner durch die Geschäftsverteilung[37]), sie findet ihre Grenze nach oben bei den Angelegenheiten, die einen Beschluß der Deputation, des Magistrats oder Gemeindevertretung erfordern.

So vollzog sich die Willensbildung in der Gemeindeverwaltung des bisherigen Rechts in den folgenden Geschäftsbereichen durch die folgenden Organe:

Geschäfte	a ßerhalb des § 56 östl. StO.	nach § 56 östl. StO.	nach § 59 östl. StO. + Ortsrecht	nach Ortsrecht
Organ der Willensbildung	Stadtverordneten-versammlung + Magistrat	Magistrat	Deputation	einzelne Beamte

Nun wird man einwenden, daß es für einen außerhalb der Gemeindeverwaltung Stehenden im Einzelfalle schwer zu erkennen sei, ob ein Geschäft von dem Erklärungsorgan vollzogen werden kann, ohne daß es eines Beschlusses einer Körperschaft (Deputation, Magistrat, Gemeindevertretung) bedarf. Das ist durchaus richtig und findet seine Erklärung in der ungeheuren Kompliziertheit und vielfältigen, durch örtliche Verhältnisse bedingten Verschiedenheit der Verwaltung in den einzelnen Gemeinden. Sie macht es, zumal unter der bisherigen Herrschaft demokratischer Gewaltenteilung, zur Unmöglichkeit, die Geschäftsbereiche der einzelnen gemeindlichen Organe durch nach außen erkennbare Merkmale zu unterscheiden. Dennoch ist diese Grenze zwischen den einzelnen Zuständigkeitsbereichen, wenn auch schwer bestimmbar, so doch objektiv vorhanden. Freilich bleibt, will man die Zuständigkeit im Einzelfall feststellen, nichts anderes übrig, als sich in das in Frage kommende Ortsrecht zu vertiefen und danach zu bestimmen, ob die betreffende Angelegenheit zur Kompetenz der Stadtverordnetenversammlung, des Magistrats, einer Kommission oder eines einzelnen Beamten

---

36) Fischer S. 309; dasselbe nimmt Schreiber vom Gesichtspunkt der Vollmacht aus an (S. 593 ff.), ferner Hilfritz S. 100, 104, der die Organmacht dieser Personen als Zuständigkeitsübertragung konstruiert und aus einer tatsächlichen Uebung oder einem Gewohnheitsrecht ableitet, vgl. ferner Oertel, Anm. 3a zu § 56 Ziff. 8, der zu dem gleichen Ergebnis nur für rechtlich unerhebliche Tatsachen kommt.

37) Für die Bestimmung der Geschäfte, die dem Magistrat, den Ausschüssen oder einzelnen Beamten der Gemeinde obliegen, ist ferner heranzuziehen die Instruktion für die Stadtmagistrate in den Provinzen Brandenburg, Pommern, Preußen, Schlesien, Posen und Sachsen vom 25. Mai 1835 (abgedr. von Brauchitsch, Bd. VII, S. 781).

gehört. Solche Feststellungen an Hand des Ortsrechts mußten ja auch bei Aufstellung der Tagesordnungen der Körperschaften, wie auch für die Verteilung der zu bearbeitenden Angelegenheiten innerhalb der Gemeindeverwaltung täglich getroffen werden, lassen sich daher für das Außenverhältnis ebensogut machen.

Hätte auch das RG. die „keines Gemeindebeschlusses bedürftigen Geschäfte der laufenden Verwaltung“[38]) unter Zugrundelegung des inneren Ortsrechtes zu beurteilen versucht, so hätte es in der Durchführung seiner Lehre konsequenter verfahren, und wäre wahrscheinlich auch zu wirtschaftlich tragbareren Ergebnissen gelangt.

IV. Das Ergebnis nach der Legitimationstheorie.

In der vorhergehenden Untersuchung sind wir zu dem Ergebnis gelangt, daß das bisherige preußische Recht der Vertretung der Gemeinden nach außen noch auf dem Boden der Willenstheorie steht, sodaß also zur Gültigkeit einer gemeindlichen Willenserklärung grundsätzlich die Uebereinstimmung von Willen und Erklärung der Gemeinde erforderlich ist. Wo also das Erklärungsorgan nicht auch selbständig zu bestimmen (nach der Terminologie der Gemeindeordnungen: zu „verwalten“), sondern nur „ausführen“ hat, wird zwar nicht seine Vertretung nach außen an sich, wohl aber ihr Umfang durch den auszuführenden Beschluß der an der Willensbildung beteiligten Organe begrenzt. Berücksichtigt man nun ferner, daß nirgendwo im Gesetz vorgeschrieben ist, daß sich Gemeinden nur in der Form des § 56 Ziff. 8 östl. StO., § 88 Ziff. 7 östl. LGO. und der entsprechenden Bestimmungen der übrigen Gemeindeordnungen verpflichten können[39]), und liest man nun unbefangen die kommunalrechtlichen Formvorschriften, so ergibt sich als einfache Lösung:

Wird eine Urkunde unter Beobachtung der vorgeschriebenen Formen ausgestellt, so ist die in ihr enthaltene Verpflichtungserklärung der Gemeinde auf jeden Fall gültig, d.h. auch dann, wenn der erforderliche Beschluß einer kollegialen Instanz, insbesondere also der erforderliche Gemeindebeschluß anders lautet oder überhaupt ganz fehlt. Entsprechend ersetzt die formgerechte Urkunde die Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wo eine solche erforderlich ist.

Danach bestimmt sich der Anwendungsbereich der kommunalrechtlichen Formen folgendermaßen:

a) Nicht in Betracht kommt ihre Beobachtung in den Fällen, in denen bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts dem Erklärungsorgan auch

[38]) RG. JW. 1912 S. 96.
[39]) Fischer S. 307.

die selbständige Entschließung darüber zusteht, sodaß es also des Beschlusses einer kollegialen Instanz überhaupt nicht bedarf (mit dem RG.).

b) Nicht erforderlich ist die Beachtung der kommunalen Formen ferner dann, wenn die abzugebende Erklärung mit dem wirklichen Willen der Gemeinde übereinstimmt (der erforderliche Beschluß also tatsächlich ergangen ist) oder die „nach öffentlichem Recht als unerläßliche Vorbedingung für die Wirksamkeit der Willenserklärung“[40]) erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde tatsächlich erteilt worden ist (gegen das RG.). Deshalb hätte in dem auf S. 6 Anm. 7 dieser Arbeit mitgeteilten Fall die Entscheidung des Gerichts auf die Erhebung des von der Stadt angebotenen Beweises gehen müssen. Falls die Stadt den Beweis führen konnte, hätte die Klage abgewiesen werden müssen. Gerade hier zeigt sich, daß die Legitimationstheorie zu einem rechtlich und wirtschaftlich billigerem Ergebnis führt als die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

40) Helfritz, Vertretung S. 127 Anm. 2.

III. Abschnitt.

§ 10.

Die Vertretung der Gemeinden nach außen nach dem neuen preußischen Gemeinderecht vom 15. Dez. 1933.

I. Allgemeines:

Die vorliegende Arbeit war ungefähr abgeschlossen, als die preußischen Kommunalgesetze vom 15. 12. 1933 erschienen. Weshalb gleichwohl die Arbeit nicht als überholt angesehen werden konnte, ist bereits in der Einleitung ausgeführt worden. Andererseits mußte im Anschluß an die Darstellung des bisherigen Rechts auch das neue Recht berücksichtigt werden. Die folgende Darstellung des neuen Rechts wird aber wesentlich kürzer sein, weil es dem Verfasser in erster Linie darauf ankam, die besondere Problematik des bisherigen Rechts zu untersuchen und zu lösen, und weil die Rechtslage an sich einfacher geworden ist. Die bisherigen Gemeindeordnungen waren zum größten Teil in der Mitte des vorigen Jahrhunderts, mithin in einer Vorstellungswelt von dem Umfange und den Aufgaben der Gemeindeverwaltung entstanden, die mit den heutigen Verhältnissen nur noch sehr wenig gemein hat, sodaß sie ihnen also auch ihrem Wortlaut und Inhalt nach nicht mehr gerecht werden konnten. Sie waren überdies belastet mit der besonderen Kompliziertheit der parlamentarisch-demokratischen Gemeindeverfassung. Alle Schwierigkeiten, die sich zwangsläufig hieraus ergeben mußten, hat der Nationalsozialismus und mit ihm sein neues Recht beseitigt.

So hat das Führerprinzip einmal alle kollegial organisierten Instanzen abgeschafft und sodann auch die bisherige Gewaltenteilung zwischen Beschlußkörperschaften und Verwaltungsorganen aufgehoben[1]), sodaß das frühere Kernproblem der Vertretung nach außen, die rechtliche Regelung des Zwiespalts zwischen verfassungsmäßigem Wollen und verfassungsmäßigem Handeln heute seine eigentliche Bedeutung verloren hat[2]).

Ferner trifft der Wesenszug nationalsozialistischer Gesetzgebung, alle gesetzlichen Vorschriften mit einfachen Worten klar und unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen, auch auf das neue preußische Gemeinderecht vom 15. Dezember 1933 zu. Wo sich aber im Wortlaut

---

[1]) Köttgen S. 138/139.

[2]) Das gilt jedoch nicht ausnahmslos, vgl. S. 67 der Arbeit.

des Gesetzes noch Begriffe finden, die der Auslegung bedürfen (so z. B.: Begriff der „Rechtsgeschäfte, durch die eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wird"), — und das kommt im wesentlichen nur in Betracht für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der neuen kommunalrechtlichen Formen (Schriftlichkeit der Erklärung mit einem Sichtvermerk eines weiteren bestimmten Gemeindebeamten oder mehrere Unterschriften unter der Erklärung) —, kann man auf die Rechtsprechung des RG. zurückgreifen, deren Einfluß auf die neue Rechtsgestaltung insoweit offenbar ist[3]).

Als Rechtsquellen für die Vertretung der Gemeinden nach außen kommen nach dem Stande vom 1. Juni 1934 für Preußen in Betracht:

1) Das Gem.V.G. vom 15. Dezbr. 1933.
2) Die 1. Durchf.V.O. zum Gem.V.G. v. 20. Dezb. 1933[4]),
3) Die 2. Durchf.V.O. zum Gem.V.G. v. 28. Febr. 1934[5]),
4) Ausführungsanweisung zum Gem.V.G. Rd. Erl. d. Min. d. Inn. v. 26. Febr. 1934[6]).
5) Das Gem.F.G. vom 15. Dezb. 1933.
6) Die 1. Durchf.V.O. zum Gem.F.G. v. 20. Dezb. 1934[7]),
7) Die 2. Durchf.V.O. zum Gem.F.G. v. 23. Febr. 1934[8]),
8) Der Rd. Erl. d. Min. d. Inn. v. 21. Dezb. 1933 (IVa I 3424/33)[9]).
9) Der Rd. Erl. d. Min. d. Inn. u. des Fin. Min. vom 20. Dezb, 1933(IVa 3421/33 u. IV 7200/20. 12)[11]).
10) Ausführungsanweisung zum Gem.F.G. Rd. Erl. d. Min. d. Inn. und d. Fin. M. v. 23. 2. 1934[12]).

Für die Gemeinden mit nicht mehr als 5000 Einwohnern, die ehrenamtlich verwaltet werden, ist eine Verordnung über ein vereinfachtes Gemeindefinanzgesetz (vereinf. Gem.F.G.) vom 24. Februar 1934[13]) erlassen worden, das im wesentlichen mit den Vorschriften des Gem.F.G. inhaltlich und auch dem Wortlaut nach übereinstimmt, aber diejenigen Bestimmungen fortläßt, die nur für die Verhältnisse größerer Gemeinden praktisch sind. Es ist ergänzt durch die Ausführungsanweisung vom 3. 3. 1934 (Min.Rd. f. inn. Verw.

[3]) Rd.Erl. II b 1 in: Min. Bl. f. inn. Verw. 1933 Sp. 1504.
[4]) GS. S. 497 ff.
[5]) GS. S. 116 ff.
[6]) Min. Bl. f. inn. Verw. Sp. 271.
[7]) GS. S. 499 f.
[8]) GS. S. 127 ff.
[9]) Min. Bl. f. inn. Verw. Sp. 1493 ff.
[10]) Deutsche Justiz 1934, S. 111.
[11]) Min. Bl. f. inn. Verw. Sp. 1501 ff.
[12]) Min. Bl. f. inn. Verw. Sp. 347.
[13]) GS. S. 107 ff.

Sp. 379) und „Die Grundsätze und Muster" usw. vom 23. 2. 1934 (Min. Bl. f. inn. Verw. Sp. 385).

Ein wesentliches Merkmal des neuen preußischen Gemeinderechts ist die grundsätzlich gleiche rechtliche Behandlung aller Ortsgemeinden im ganzen preußischen Staatsgebiet[14]). Eine verschiedene Verfassung von Stadt- und Landgemeinden oder solcher verschiedener Landesteile gibt es grundsätzlich nicht mehr, wenn auch hier und dort noch gelegentlich eine verschiedene Behandlung in bescheidenem Umfang erfolgt, und auch die Scheidung in Städte und Landgemeinden bestehen geblieben ist, zu denen neuerdings noch die Bauerndörfer treten (§ 2 Gem.V.G.).

Was den Aufbau des neuen Vertretungsrechtes betrifft, so findet sich der Grundsatz, die Erklärung des Führerprinzips, in § 27 II,1 des Gem.V.G.: „Der Leiter der Gemeinde führt die Verwaltung und vertritt die Gemeinde nach außen". Dazu kommen die §§ 29 u. 30 Gem.V.G. über die Vertretung und Hilfeleistung des Leiters der Gemeinde.

Sondervorschriften finden sich dagegen im zweiten Teile des Gem.F.G., überschrieben: „Teilnahme der Gemeinden am bürgerlichen Rechtsverkehr". Die Sondervorschriften des Gem.F.G. gelten also nicht für öffentlichrechtliche Willenserklärungen der Gemeinden[15]). Diese richten sich vielmehr nach den generellen Vertretungsvorschriften des Gem.V.G., was zur Folge hat, daß bei Abgabe solcher Erklärungen irgendwelche Formvorschriften des Kommunalrechts nicht beobachtet zu werden brauchen.

Bei den Sondervorschriften des Gem.F.G. sind zu unterscheiden Rechtsvorschriften, deren Beobachtung oder Nichtbeobachtung die Gültigkeit der gemeindlichen Erklärungen gegenüber Dritten in Mitleidenschaft zieht, und andererseits reine Verwaltungsvorschriften, die lediglich eine Anweisung an die Verwaltung enthalten, also die Erklärung nach außen materiellrechtlich unberührt lassen. Das Gemeindefinanzgesetz kennzeichnet im allgemeinen die ersteren als Muß-, die letzteren als Sollvorschriften.

Verwaltungsvorschriften (Sollvorschriften) enthalten demnach die §§ 44 II, 47, 48, 49, 50, 51, 35 S. 2, 53 S. 3 des Gem.F.Ges.[16]). Von ihnen soll im Folgenden keine Rede sein, weil sie für die materiellrechtliche Vertretung nach außen bedeutungslos sind.

Die übrigen Vorschriften des zweiten Teiles des Gem.F.G. sind, soweit sie überhaupt materiellrechtliche Bedeutung haben können[17]),

---

[14]) Das Gem.Verf.G. gilt jedoch nicht für Berlin (§ 69 a.a.O.). Die Verfassung der Reichshauptstadt ist durch ein besonderes Gesetz über die Verfassung der Reichshauptstadt Berlin vom 29. 6. 1934 (GS. S. 319 ff.) geregelt worden.

[15]) Vgl. S. 11 dieser Arbeit.

[16]) Freisler-Grauert Anm. 1 zu § 48, 1 zu § 49, 2 zu § 50 Gem.F.G.

[17]) Das gilt z. B. nicht von der Vorschrift des § 52 I Gem.F.G.

Rechtsvorschriften. Diese wiederum zerfallen in personelle Vorschriften, die regeln, wer die Gemeinde vertritt, und in formelle Vorschriften, die vorschreiben, wie, in welchen Formen die Vertretung nach außen sich vollziehen muß.

Personelle Vorschriften in diesem Sinne enthalten die §§ 44 I, 46, 52 II, III, 53 S. 1 u. 54 S. 1, die Formen der Vertretung nach außen bestimmt § 45 Gem.F.G.

Von Bedeutung für die materiellrechtliche Gültigkeit der Erklärung nach außen sind ferner einige Bestimmungen außerhalb des zweiten Teiles des Gem.F.G., die die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde betreffen (z. B. § 74).

II. Das personelle Recht der Vertretung der Gemeinden nach außen.

Die Frage, wer die Gemeinde nach außen vertreten soll, ist eine politische Frage und damit, da Recht und Politik nicht auseinandergerissen werden können, eine Rechtsfrage, die in der neuen Gemeindeverfassung nur unter Zugrundelegung des Führerprinzips geregelt werden konnte, sollte nicht die Vertretung nach außen einem der vornehmsten Grundsätze der nationalsozialistischen Weltanschauung stracks zuwiderlaufen. Die Einsetzung kollegialer Instanzen als Willens- oder Erklärungsorgan konnte daher von vornherein nicht in Betracht kommen. Vielmehr vertritt die Einzelperson, der die Führung und Entschließung zusteht, die Gemeinde allein nach außen. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß bei jeder Vertretungshandlung der Leiter der Gemeinde selbst tätig werden müßte. Eine solche Art der Vertretung nach außen ohne jegliche Dezentralisation wäre, zumal in größeren Gemeinden, ja auch praktisch undurchführbar. Deshalb hat das Gesetz im § 44 I,2 Gem.F.G. bestimmt, daß der Leiter der Gemeinde bei der Vertretung nach außen im Umfang aller seiner Obliegenheiten von seinem allgemeinen Vertreter und im Rahmen der ihnen zugewiesenen Arbeitsgebiete von den Schöffen (in den Landgemeinden) und Beigeordneten (in den Städten) vertreten wird[18]). Darüber hinaus kann er aber auch andere Beamte und Angestellte durch besondere (schriftliche) Vollmacht[19]) mit seiner Vertretung im Rahmen der ihnen zugewiesenen Arbeitsgebiete beauftragen (§ 44 I,3)[20]).

---

[18]) In beiden Fällen ist Verhinderung des zu vertretenden Gemeindeleiters nicht Voraussetzung für die Ausübung der Vertretung nach außen, vgl. Köttgen S. 146.

[19]) Die den Formen des § 45 Gem.Fin.G. entsprechen muß: Rd.Erl. II a 8 in Min. Bl. f. in. Verw. 1933 Sp. 1503.

[20]) In § 10 I vereinf. Gem.Fin.G. fehlt eine entsprechende Bestimmung, sodaß also in Gemeinden von nicht mehr als 5000 Einwohnern, die ehrenamtlich verwaltet werden (§ 144 Gem.Fin.Ges.), eine Uebertragung der Vertretung nach außen durch Vollmacht nicht in Frage kommt.

Schematisch dargestellt, sind also zur Vertretung der Gemeinden nach außen befugt:

Vertretungsbereich:	allgemein	im zugewiesenen Arbeitsgebiet	
in Gemeinden mit nicht mehr als 5000 Einwohnern, die ehrenamtlich verwaltet werden:	Leiter der Gemeinde oder sein allgemeiner Vertreter	Kraft Amtes: die Beigeordneten oder Schöffen[21])	—
in anderen Landgemeinden:	„	Kraft Amtes; die Schöffen[21])	auf Grund einer Vollmacht: andere Beamte und Angestellte.
in anderen Städten:	„	Kraft Amtes: die Beigeordneten[21])	„

Wer Leiter der Gemeinde, allgemeiner Vertreter, Schöffe oder Beigeordneter im Sinne des Gem.F.G. ist, ergibt sich aus dem Gem.VG. mit seinen Durchführungsverordnungen (§ 143 II—IV Gem.F.G.). Danach gilt Folgendes:

1) Leiter der Gemeinde ist nach § 4 I Gem.V.G.[21]) in Verbindung mit § 4 der 1. Durchf.VO. z. Gem.V.Ges.[22]):
   a) in Bauerndörfern: der Dorfschulze,
   b) in Landgemeinden: der Gemeindevorsteher, der vom 1. April 1934 ab die Amtsbezeichnung „Gemeindeschulze" führt,
   c) in kreisangehörigen Städten: der Bürgermeister,
   d) in kreisfreien Städten: der Oberbürgermeister[24]).

2) Allgemeiner Vertreter des Leiters der Gemeinde im bürgerlichen Rechtsverkehr ist gemäß § 29 II Gem.V.G.[25]) in Verbindung mit §§ 7 u. 8 der 1. Durchf.VO. zum Gem.V.G.[26]):
   a) in Landgemeinden[27]): der kraft Gesetzes zur ständigen Vertretung berufene erste Schöffe (Beigeordnete oder Stellvertreter) oder der vom Landrat ausdrücklich bestellte Beamte,
   b) in kreisangehörigen Städten: der erste Beigeordnete oder der von der Aufsichtsbehörde bestellte Beamte,
      der Aufsichtsbehörde als allgemeiner Vertreter eingesetzte Beigeordnete.

3) Im Rahmen des ihnen zugewiesenen Arbeitsgebietes (z.B. Finanz-, Bau-, Schuldezernat) sind ferner kraft Amtes ständige Vertreter des Leiters der Gemeinde:

---

21) Denen ein eigenes Arbeitsgebiet zugewiesen ist.
22) GS. S. 428.
23) GS. S. 498.
24) Auch in Berlin ist Leiter der Gemeinde der Oberbürgermeister (§ 2 des Ges. v. 29. 6. 1934, GS. S. 319).
25) GS. S. 433.
26) GS. S. 498.
27) Eine besondere Amtsbezeichnung für den allgemeinen Vertreter des Dorfschulzen kennt das Gesetz nicht.

a) in Landgemeinden: die Schöffen,

b) in Städten: die Beigeordneten.

Soweit Schöffen oder Beigeordnete weder zur allgemeinen Vertretung des Leiters der Gemeinde noch zur selbständigen Erledigung eines bestimmten Arbeitsgebietes bestellt sind, kommt ihnen keine Vertretung nach außen zu[28]).

Schöffen sind nach § 29 Gem.V.G. in Verbindung mit § 7 II der 1. Durchf.V.O. zum Gem.VG.: die nach den bisherigen Vorschriften im Amte befindlichen Schöffen (Beigeordneten, Stellvertreter).

Zu den Beigeordneten gehören außer dem zweiten Bürgermeister die nach den bisherigen Vorschriften im Amte befindlichen Magistratsmitglieder (Beigeordnete, Stadträte, Ratsverwandte, Schöffen usw., § 29 Gem.VO. in Verbind. mit § 8 II der 1. Durchf.VO. zum Gem.V.G.). Der mit der Verwaltung der städtischen Finanzen beauftragte Beigeordnete führt die Bezeichnung Kämmerer, die übrigen Beigeordnungen führen die Bezeichnung Stadtrat (Stadtrechtsrat, Stadtschulrat, Stadtbaurat und dergl., § 29 III, 2 u. 3 Gem.V.G.).

Zu dieser allgemeinen Regelung der gemeindlichen Vertretung nach außen kommen noch Sondervorschriften, die im Falle möglicher Interessenkollision die dem Gemeindefinanzgesetz vorangestellten Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Sauberkeit und die politischen Maßstäbe für das Verwaltungsgebaren im Einklang mit den Zielen der Staatsführung garantieren sollen, so insbes. der § 46, der folgenden Wortlaut hat:

> „(1) Zum Abschluß von Verträgen der Gemeinde mit ihren Beamten und mit ihren Angestellten in leitender Stellung ist nur der Leiter der Gemeinde berufen. Das Gleiche gilt für den Abschluß von Verträgen mit den Ehegatten dieser Beamten und Angestellten.
>
> (2) Verträge der Gemeinde mit dem Leiter der Gemeinde oder seinem Ehegatten kann nur sein allgemeiner Vertreter abschließen. Die Verträge bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.
>
> (3) Die Vorschriften der Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung auf den Abschluß von Verträgen nach feststehenden Tarifen".

Die Vorschrift des Abs. 3 war notwendig, weil sonst bei Verträgen der Leiter der städtischen Betriebe mit der Gemeinde auf Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität für ihren Haushaltsbedarf die Vertretung der Gemeinde durch den Oberbürgermeister oder Bürgermeister notwendig geworden wäre, was natürlich nicht im Sinne des Gesetzes lag.

Zu den Sondervorschriften über die Vertretung nach außen gehört auch die Bestimmung des § 52 III Gem.F.G., wonach der Erlaß oder die Niederschlagung von Ansprüchen der Gemeinde nur dem Leiter der Gemeinde oder seinem allgemeinen Vertreter, nicht dagegen den sonst im eigenen Arbeitsbereich zur Vertretung nach außen befugten Beamten

---

[28]) Rd.Erl. II a 5 in Min. Bl. f. inn. Verw. 1933 Sp. 1503.

und Angestellten zusteht. Gleiches gilt für die Aufhebung oder Abänderung von Verträgen der Gemeinde zu ihrem Nachteil (§ 53 S. 1 Gem.F.G.) und für den Erlaß von Vertragsstrafen (§ 54 S. 1 Gem.F.G.).

Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist noch, daß der Leiter der Gemeinde vor der Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte für die Gemeinde die Gemeinderäte hören muß (§ 43 II Gem.V.G.), so z.B. vor der Aufnahme von Darlehen, Uebernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen und Bestellung anderer Sicherheiten (Ziff. 4 a.a.O.). Hieraus ergibt sich die Frage, ob es die Gültigkeit der abzugebenden Erklärung berührt, wenn der Leiter dieser Anhörungspflicht nicht nachkommt.

Jansen[29]) bejaht die Frage, nimmt also Nichtigkeit der abgegebenen Erklärung an, weil nach den „deutschrechtlichen Grundsätzen der Leiter der Gemeinde ein Pflichtgebot verletzen und damit „Unrecht", also nicht „Recht" tun würde". Damit gelangt er aber zu einem Ergebnis, daß in krassem Widerspruch zu dem vom Gesetz erklärten Führerprinzip steht, indem dem Gemeinderat eine Beteiligung an der Willensbildung eingeräumt wird, obwohl ihm nach dem Gesetz nur beratende Funktionen zustehen. Würde man tatsächlich die Gültigkeit der Erklärung gegenüber Dritten von der erfolgten Anhörung des Gemeinderates abhängen lassen, so könnte das zu unbilligen Entscheidungen und zu einer großen Rechtsunsicherheit führen, weil die Sitzungen des Gemeinderats in der Regel nicht öffentlich sind (§ 44 II Gem.V.G.), sodaß der mit der Gemeinde verhandelnde Dritte garnicht in der Lage ist, nachzuprüfen, ob in der ihn betreffenden Angelegenheit die Gemeinderäte gehört worden sind.

Richtig ist, daß der Leiter der Gemeinde, wenn er den gesetzlichen Vorschriften zuwider die Anhörung der Gemeinderäte unterläßt, gegen eine Rechtspflicht verstößt. Dies hat aber nur zur Folge, daß er im Aufsichtswege oder disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden kann, auch bei schuldhaftem Verhalten der Gemeinde gegenüber für den entstehenden Schaden zivilrechtlich einzustehen hat[30]). Dagegen wird dadurch die materiellrechtliche Wirksamkeit der nach außen abgegebenen Erklärungen nicht berührt.

In der Regel wird nach dem geltenden Recht die Vertretung nach außen von demjenigen Organ ausgeübt, dem auch die Entschließung in der Angelegenheit selbst zusteht. Gleichwohl schließen die gesetzlichen Vorschriften über die Vertretungsbefugnis des allgemeinen Vertreters, der Schöffen und Beigeordneten nicht aus, daß der Leiter der Gemeinde sich im Innenverhältnis bestimmte Geschäfte ausschließlich vorbehält und damit die Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis beschränkt[31]).

---

[29]) Vertretung S. 62.
[30]) § 139 Gem.F.G.
[31]) Rd.Erl. II a 7 a.a.O. Sp. 1503.

Gibt das zur Vertretung nach außen berufene Organ einer solchen Anweisung des Gemeindeleiters zuwider einem Dritten gegenüber eine Erklärung namens der Gemeinde ab, so ist die Erklärung wirksam, denn die Beschränkung der Vertretung bezieht sich nur auf das Innenverhältnis. Das neue Recht steht also, soweit in diesem beschränkten Umfange ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung der Gemeinde auftreten kann, auf dem Boden der Erklärungstheorie, und zwar eines, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, durch das Erfordernis der Beobachtung kommunalrechtlicher Formen abgeschwächten (relativen) Erklärungsprinzips.

III. Das formelle Recht der Vertretung der Gemeinden nach außen.

§ 45 der Gem.F.G. hat folgenden Wortlaut:

> „(1) Der Leiter der Gemeinde und seine Vertreter (§ 44 Abs. 1) sind zur Vertretung der Gemeinde bei der Vornahme von Rechtsgeschäften, durch die eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wird, nur befugt, wenn ihre Erklärungen schriftlich in der im Abs. 2 vorgeschriebenen Form abgegeben werden.
>
> (2) Die Erklärungen sind unter der Amtsbezeichnung des Leiters der Gemeinde handschriftlich zu vollziehen. Die Vollziehung durch den Leiter der Gemeinde bedarf zu ihrer Verbindlichkeit eines von seinem allgemeinen Vertreter oder einem Vertreter oder einem sonstigen Schöffen oder Beigeordneten unterzeichneten Vermerkes, daß er von dem Inhalte der Erklärung Kenntnis genommen hat. Im Falle der Vertretung des Leiters der Gemeinde muß der Vollziehung durch den nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Vertretungsberechtigten die Mitvollziehung durch einen zweiten Schöffen oder Beigeordneten hinzutreten. Im Falle der Vertretung durch einen gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 Vertretungsberechtigten muß der Vollziehung durch diesen die Mitvollziehung durch einen zweiten Beamten oder Angestellten, den der Leiter der Gemeinde bestimmt, hinzutreten.
>
> (3) Die Vorschriften der Abs. 1 und 2 gelten nicht, wenn es sich um Rechtsgeschäfte über die Lieferung von Waren an die Gemeinde oder die Leistung von Diensten für sie handelt, die finanziell von nicht erheblicher Bedeutung sind und die ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren".

Die Vorschrift des § 45 Abs. 3 Gem.F.G. findet auch Anwendung, wenn es sich um die Lieferung von Waren durch die Gemeinde und um Miet-, Pacht- oder Werkverträge handelt, die finanziell von nicht erheblicher Bedeutung sind und die in der Wirtschaft der Gemeinde ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren. (§ 2 der 2. Durchf.V.O. zum Gem.F.G.[32]).

„Die Neuregelung des § 45 beschränkt, in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des RG. die Vertretungsbefugnis der gemeindlichen Organe dahin, daß sie Erklärungen bei Verpflichtungsgeschäften nur in der Form des § 45 abgeben können, soweit nicht der Ausnahmefall

[32]) GS. S. 127.

des § 45 Abs. 3 vorliegt. Erklärungen, die unter Außerachtlassung der Vorschrift des § 45 Abs. 1 u. 2. abgegeben werden, sind rechtsungültig"[33]).

Diese authentische Interpretation des Gesetzes zeigt klar, daß es sich bei den kommunalrechtlichen Formvorschriften des neuen Rechts ebenso wie bisher um verfassungsrechtliche Zuständigkeitsbestimmungen handelt, die, weil sie öffentliches Recht sind, von Art. 55 EG. BGB. nicht berührt werden[34]).

Die Vorschriften des § 45 Gem.F.G. kommen zur Anwendung „bei der Vornahme von Rechtsgeschäften, durch die eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wird" (Abs. 1 a.a.O.). Der Begriff der „Verpflichtungserklärung" ergibt sich aus der Rechtsprechung des RG. Er ist also insofern *eng* zu fassen, als weder dingliche Rechtsgeschäfte noch obligatorische Verfügungen über Rechte und Forderungen darunter fallen, er ist *weit* zu fassen in dem danach übrig bleibenden Umfange[35]), sodaß ein Verpflichtungsgeschäft im Sinne des Gesetzes auch dann vorliegt, wenn in einen seinem Inhalte nach gleichen Vertrag auf der Gegenseite ein anderer Schuldner eintritt[36]).

Alle Verpflichtungserklärungen der Gemeinde sind schriftlich abzugeben und unter der Amtsbezeichnung des Leiters der Gemeinde handschriftlich zu vollziehen. Wenn der Leiter der Gemeinde sie nicht selbst abgibt, hat der vollziehende Beamte das Vertretungs- oder Auftragsverhältnis durch die Worte: „In Vertretung" oder „Im Auftrage" unter der Amtsbezeichnung des Leiters der Gemeinde zum Ausdruck zu bringen[37]). Der allgemeine Vertreter und die übrigen Schöffen oder Beigeordneten (§ 44 Abs. 1 S. 2) vollziehen, weil sie den Leiter der Gemeinde kraft ihres Amtes selbständig vertreten, „In Vertretung", die auf Grund einer Vollmacht zur Vertretung nach außen bestellten Beamten und Angestellten zeichnen „Im Auftrage".

Der Leiter der Gemeinde vollzieht die Erklärung allein. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Recht der bisherigen östl. StO. und östl. LGO., nach denen Verpflichtungsurkunden durch den Leiter der Gemeinde *und* einen Schöffen bzw. ein weiteres Magistratsmitglied vollzogen werden mußten. Zwar sind auch jetzt die Erklärungen des Leiters nur dann gültig, wenn sie einen Sichtvermerk des allgemeinen Vertreters oder eines Schöffen oder Beigeordneten (die übrigens in Ermangelung eines ihnen zugewiesenen bestimmten Arbeitsgebietes nicht selbst vertretungsberechtigt zu sein brauchen) tragen,

---

[33]) Rd.Erl. II b 1 a.a.O. 1504, ferner Lympius-Küchenhoff, Komm. S. 219.

[34]) a. M. Jansen S. 62, der in dieser Richtung Bedenken geltend macht. Das kommt aber daher, weil er in den kommunalrechtlichen Formen eben nur reine Formen sieht.

[35]) Vgl. oben S. 33 f.

[36]) RG. JW. 1912 S. 96.

[37]) Rd.Erl. II b 2, Sp. 1504.

daß er von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis genommen hat[38]). Aber dieser Sichtvermerk bedeutet keine Mitvollziehung der Erklärung. Bei der letzteren hat der mitvollziehende Beamte das Recht, seine Unterschrift zu verweigern, es hängt also das tatsächliche Zustandekommen der Erklärung von seinem Willen ab. Dagegen ist eine Verweigerung des Sichtvermerkes nicht zulässig[39]), der den Sichtvermerk unterzeichnende Beamte hat lediglich Kenntnis zu nehmen. Weigert er sich dennoch, dies zu tun, so hemmt dies zwar faktisch das Zustandekommen der Erklärung, der Beamte kann sich aber einer dienstaufsichtlichen oder disziplinarischen Bestrafung gegenüber nicht darauf berufen, daß die fragliche Verpflichtungserklärung seiner Ansicht nach gegen das Wohl der Gemeinde verstieß. Andererseits kann es ihm freilich auch nicht zum Schaden gereichen, wenn er eine solche pflichtwidrige Erklärung mit dem Kenntnisvermerk versieht.

Gleichwohl ist die Einrichtung des Sichtvermerks keineswegs überflüssig und wertlos. Sie hat die Aufgabe zu verhindern, daß der Leiter der Gemeinde für sie Verpflichtungen übernimmt, ohne daß etwas davon bekannt wird. Sie schafft einen Mitwisser und verhindert schon damit allein in gewissem Umfang die Abgabe pflichtwidriger Erklärungen. Man muß aber auch annehmen, daß der den Sichtvermerk zeichnende Beamte zur Mitteilung an seinen Dienstvorgesetzen, und wenn dies der Leiter der Gemeinde selbst ist, zur Mitteilung an die vorgesetzte Aufsichtsbehörde, freilich wohl auf dem Dienstwege über den Bürgermeister, verpflichtet ist, wenn er von einer Verpflichtungserklärung Kenntnis erlangt, die gegen die gesetzlichen Vorschriften oder gegen das Gemeindewohl offenbar verstößt. Denn der Gesetzgeber würde kaum eine derartige Vorschrift geschaffen haben, wenn er nicht damit zugleich demjenigen, der den Kenntnisvermerk zu zeichnen hat, eine Verpflichtung zum Handeln in irgendeiner Form auferlegen wollte. Schließlich begründet auch die pflichtwidrige Vollziehung des Kenntnisnahmevermerkes eine strafrechtliche, dienststrafrechtliche und zivilrechtliche Haftung[40]).

---

[38]) Die Vollziehung einer Verpflichtungsurkunde erfolgt sonach

für eine Stadtgemeinde

in folgender Form:

Kenntnis genommen	Name der Stadt
Name	Der Bürgermeister
Beigeordneter	Unterschrift des Bürgermeisters.

für eine Landgemeinde entsprechend:

Kenntnis genommen	Name der Landgemeinde
Name	Der Gemeindeschulze.
Schöffe	Unterschrift des Gemeindeschulzen.

vgl. Min. Bl. f. inn. Verw. Sp. 1504.

[39]) Rd.Erl. II 63 a.a.O., Loschelder in Freisler-Grauert Anm. 4 zu § 45 Gem.F.G., a. M. Lympius-Küchenhoff, Komm. Anm. 2 zu § 45 Gem..FG.

[40]) Vgl. Lympius-Küchenhoff, Anm. 2 zu § 45 Gem.F.G.

Der Sichtvermerk hat also eine Kontrollfunktion zu versehen, während die echte Mitvollziehung einer Erklärung durch mehrere Personen sich als eine Gewaltenteilung darstellt, die also mit dem Führerprinzip nicht in Einklang steht.

Eine solche Gewaltenteilung findet auch nach dem neuen Recht noch statt, wenn die Verpflichtungserklärung nicht von dem Leiter der Gemeinde selbst abgegeben wird. Geschieht das durch den allgemeinen Vertreter des Leiters der Gemeinde, so bedarf es der Mitvollziehung der Erklärung durch einen zweiten Schöffen oder Beigeordneten. Das gleiche gilt, wenn ein Schöffe oder Beigeordneter eine Erklärung vollzieht. Bei Vollziehung durch einen auf Grund einer Spezialvollmacht zur Vertretung nach außen bestellten Beamten oder Angestellten muß die Mitvollziehung durch einen zweiten Beamten oder Angestellten hinzutreten, den der Leiter der Gemeinde zur Mitvollziehung bestimmt und der selbst nicht vertretungsberechtigt zu sein braucht[41]).

Von der Beobachtung der Formen des § 45 Abs. II Gem.F.G. befreit sind die Rechtsgeschäfte des § 45 Abs. 3, „die finanziell von nicht erheblicher Bedeutung sind und die in der Wirtschaft der Gemeinde ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren". Die Rechtsgeschäfte müssen betreffen:

a) Lieferung von Waren *an* die Gemeinde oder die Leistung von Diensten *für* sie.

b) Lieferung von Waren *durch* die Gemeinde[42]).

c) Miet-, Pacht- und Werkverträge zwischen der Gemeinde und Dritten[42]).

Hierher gehören z. B. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Gemeinden bei Beschaffung von Büro- und Heizungsmaterialien für die gemeindliche Verwaltung, Anstellung von Hilfskräften, Mietung von Büroräumen, Vermietung gemeindeeigener Wohnungen, Verpachtung gemeindeeigener Grundstücke, Aufträge an Handwerker für Reparaturarbeiten, Verträge der gemeindlichen Betriebe mit Gemeindeangehörigen über Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität usw. Immer aber muß es sich bei diesen Geschäften um solche handeln, die finanziell von nicht erheblicher Bedeutung sind und die in der Wirtschaft der Gemeinde ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren. Die letzteren Merkmale sind relative Begriffe, die sich nach der Größe und den besonderen Wirtschaftsverhältnissen der in Frage kommenden Gemeinde richten. Da ihnen also feste erkennbare Grenzen fehlen, kann es Fälle geben, in denen es zweifelhaft ist, ob eine Verpflichtungserklärung

41) Rd.Erl. II b 4, a.a.O.

42) So § 2 der 2. Durchf.V.O. zum Gem.F.G. (GS. S. 127).

43) Hiervon gilt wieder nach Abs. 2 a.a.O. eine Ausnahme für Geschäfte unbedeutenderen Umfanges, es sei denn, daß es sich dabei mittelbar oder unmittelbar um die Aufnahme von Auslandskrediten handelt, die im Interesse der Ueberwachung aller kommunalrechtlichen Verpflichtungen an das Ausland aus devisenpolitischen Gründen ausnahmslos der Genehmigungspflicht unterliegen.

der Form des § 45 Abs. 2 Gem.F.G. unterliegt oder nicht. In allen möglichen Zweifelfällen werden daher die Gemeinden, wollen sie darin sicher gehen, daß die von ihnen abzugebende Erklärung auch Rechtswirksamkeit besitzt, sich der Form des § 45 Abs. 2 bedienen müssen.

III. Die Bedeutung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung für die Vertretung nach außen.

Der selbständigen Führung der Gemeindeverwaltung durch den Leiter der Gemeinde entspricht, zumal im autoritären Staat, eine stärkere Betonung der staatlichen Aufsicht. Ihr Umfang hat gegen früher zugenommen, ihre Intensität ist eine verschiedene:

1) Nach § 64 Gem.F.G. bedarf der Abschluß von Rechtsgeschäften, welche die entgeldliche oder unentgeldliche Veräußerung oder den Tausch von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten zum Gegenstand haben, der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Nach Abs. 2 a.a.O. kann der Min. d. Innern Rechtsgeschäfte geringeren Umfangs von der Genehmigungspflicht freistellen.

Davon, daß das Fehlen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung die Erklärung nach außen unwirksam machen soll, sagt das Gesetz im § 64 nichts. Es ist daher anzunehmen, daß hier die Genehmigung für die Vertretung nach außen keine Bedeutung hat.

2) Dagegen bedarf nach § 74 die Gemeinde zur rechtswirksamen Aufnahme der Darlehen, die im außerordentlichen Haushaltsplan oder in einem außerordentlichen Nachtragshaushaltsplan vorgesehen und gemäß § 72 im Rahmen der Haushaltssatzung genehmigt worden sind, zur rechtswirksamen Uebernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen und zur rechtswirksamen Bestellung anderer Sicherheiten der vorherigen Genehmigung der Aufsichtsbehörde[43]). Das Gesetz sagt damit ganz klar, daß die Genehmigung wesentlicher Bestandteil für das rechtswirksame Zustandekommen des Rechtsgeschäftes und ein ohne die erforderliche Genehmigung abgeschlossenes Geschäft nichtig ist[44]).

Die Bestimmungen über die Aufnahme von Geld sind gegen früher insofern wesentlich verschärft, als nicht mehr nur die Aufnahme der Anleihe im ganzen, sondern einmal diese (nach § 72), ferner aber auch jedes einzelne Ausführungsgeschäft der besonderen Genehmigung bedarf (nach § 74).

Der Genehmigungspflicht unterliegen nach § 74 Abs. 2 auch Rechtsgeschäfte, mit denen durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des Rechtes die Genehmigung umgangen werden soll[45]). Das Gesetz erwähnt als Beispiel den Fall, daß für die Errichtung, In-

---

44) So auch Freisler-Grauert Anm. 1 zu § 74 (Gem.F.G.).

45) Dieser Bestimmung hat offenbar der § 10 RAO. (insbesondere dessen Abs. 2 Ziff. 2) als Vorbild gedient.

ſtandſetzung oder den Ausbau dauernder Anlagen oder anderer Werke ein Geldbetrag geſchuldet und die Zahlung nicht auf Grund eines Darlehnsvertrages, ſondern in anderer rechtsgeſchäftlicher Form kreditiert wird.

§ 11.

Schlußbetrachtung: Vorſchläge für die reichsrechtliche Neuregelung des kommunalen Vertretungsrechtes.

Bei der Beſchäftigung mit der Vertretung der Gemeinden nach außen de lege ferenda erſcheint es von Intereſſe, ſich der Regelung der Vertretungsvorſchriften zu erinnern, wie ſie in den Entwürfen einer Reichsſtädteordnung (RStO.) und eines preußiſchen kommunalen Selbſtverwaltungsgeſetzes (SVG.) vorgeſehen waren:

§ 32 des Entwurfs einer RStO. enthält darüber folgendes:

> „Der Bürgermeiſter vertritt die Stadt nach außen. Zur Abgabe einer Willenserklärung für die Stadt genügt eine Erklärung des Bürgermeiſters oder ſeines Stellvertreters".

Der Referentenentwurf eines preußiſchen SVG. beſtimmt im 2. Buch: Städteordnung, 2. Teil: Zuſtändigkeit der Organe unter:

> „C. Vertretung der Stadt nach außen:
>
> § 120: Der Bürgermeiſter vertritt die Stadt nach außen.
>
> § 121: Durch Beſchluß der Stadtvertretung kann der Bürgermeiſter ermächtigt werden, den Leitern einzelner Verwaltungszweige (Einrichtungen, Anſtalten und Betriebe) für beſtimmte Angelegenheiten widerruflich die Befugnis zur Vertretung der Stadt nach außen zu übertragen.
>
> § 122: (2 Vorſchläge),
>
> (1) Zur rechtsgeſchäftlichen Verpflichtung der Stadt iſt, ſoweit nicht geſetzlich weitergehende Formvorſchriften beſtehen, eine ſchriftliche Willenserklärung erforderlich und ausreichend.
>
> (2) Zur Abgabe einer Willenserklärung gemäß Abſ. 1 für die Stadt iſt befugt:
>
> 1. Der Bürgermeiſter oder ſein Stellvertreter (erſter Stadtrat) oder ein Stadtrat und ein weiterer Stadtrat.
> 2. Im Falle des § 111 Abſ. 5 S. 2 der Vorſitzende und ein Mitglied des beſchließenden Ausſchuſſes.
> 3. Im Falle des § 125 der Vorſitzende und entweder ein zweites Mitglied des Verwaltungsorgans des Verwaltungsbezirks oder ein Stadtrat.
> 4. Im Falle des § 121 der Leiter des Verwaltungszweiges und ein Stadtrat,
>
> (3) die Namen der Perſonen, die zur Abgabe einer die Stadt rechtsgeſchäftlich verpflichtenden Willenserklärung befugt ſind, ſind öffentlich bekannt zu machen"[1]).

[1]) Auch die zweite im Entwurf vorgeſchlagene Faſſung des § 122 hier wiederzugeben, würde zu weit führen. Die Vertretung der Landgemeinde nach außen iſt in den §§ 143 u. 144 des Entwurfs geregelt.

Aeußerlich betrachtet ist also das geltende preußische Gemeinderecht mehr der ausführlicheren Regelung der Vertretungsbestimmungen gefolgt, wie wir sie im preußischen Entwurf des SVG. finden. Entwurf und geltendes Recht unterscheiden sich aber darin, daß in den Grundvorschriften für die Vertretung nach außen, den §§ 27, 29, 30 Gem.V.G. 44 Gem.F.G. die Dezentralisation der Vertretung besser zum Ausdruck gebracht wird, als das bei der summarischen Regelung im § 120 des SVG. und auch im § 32 RStO. der Fall ist. An der ausführlicheren Regelung, die den wirklichen Verhältnissen besser gerecht wird, wird auch für die Zukunft festzuhalten sein. Ueber die Beibehaltung des Führerprinzipes braucht kein Wort verloren zu werden.

SVG. und RStO. unterscheiden sich ferner darin, daß das erstere für Verpflichtungsgeschäfte an der Schriftform mit dem Erfordernis mehrerer Unterschriften festhält, während die letztere auf Beobachtung von Formen ganz verzichtet. Daraus ergibt sich die Frage, ob auch im künftigen Reichsrecht die Vertretung nach außen bei Verpflichtungsgeschäften an die Beobachtung einer Form geknüpft sein soll.

Jansen würde diese Frage sicherlich verneinen, denn er führt aus[2]):

> „Urdeutsch ist es gewesen, die Menschen in ihrem Tun und Lassen nicht nach Paragraphen zu bemessen; Wertmesser waren vielmehr immer die Begriffe der Ehre, der Treue und der Anständigkeit. Wenn diese kerndeutschen Tugenden aber hoch in Kurs stehen, und Selbstverständlichkeit sind, dann wird auch kein Grund bestehen, die Gemeinde „zu schützen", vor etwaigen Mißbräuchen, die ihr Treuhänder mit seinem Amte eventuell begehen könnte".

Mit solchen Erwägungen ist dem Problem, das tatsächlich nicht nur ein Scheinproblem ist, wie Jansen meint, aber nicht beizukommen. Wäre der Ausgangspunkt Jansens richtig, so wäre es ebensogut müßig, sich über ein nationalsozialistisches Strafrecht Gedanken zu machen. Es braucht aber auch nicht immer ein Mangel an „Ehre, Treue und Anständigkeit" zu sein, der zu Mißgriffen in der gemeindlichen Verwaltung führt, ebenso können, zumal in kleineren Gemeinden, geschäftliche Ungewandtheit oder Unkenntnis der Grund hierfür sein. Wie richtig das ist, ergibt sich aus einer Pressenotiz, die im Juni 1934 durch die Zeitungen ging, worin die bisherige Praxis der Gemeinden hinsichtlich der Aufnahme von Bürgschaften gerügt wurde. Auch der Gesetzgeber des neuen Staates hat die Notwendigkeit von Schranken für die Uebernahme gemeindlicher Verpflichtungen betont[3]). Andererseits läßt sich g e g e n die Beibehaltung der Formvorschriften kaum ein triftiger Grund einwenden, da wichtigere Rechtsgeschäfte ohnehin schriftlich abgeschlossen zu werden pflegen und auch die übrigen Modalitäten der

---

[2]) Vertretung S. 60.

[3]) So Rd.Erl. d. Min. d. Inn. v. 21. 12. 33, III 8 im Min. Bl. f. inn. Verw. 1933 Sp. 1499.

Formvorschriften des geltenden preußischen Rechts keine erhebliche Erschwerung des Rechtsverkehrs der Gemeinden mit sich bringen.

Für die Ausgestaltung der kommunalrechtlichen Fromen scheint im geltenden preußischen Gemeinderecht das Richtige getroffen zu sein. Nur würde es einer konsequenten Durchführung des Führerprinzipes besser entsprechen, wenn auch für rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärungen des allgemeinen Vertreters des Leiters der Gemeinden, der Schöffen und Beigeordneten und der besonders bestellten Beamten und Angestellten in dem ihnen zur selbständigen Erledigung zugewiesenen Aufgabenbereich nur die Vollziehung der Erklärung durch diese vorgeschrieben wäre und die jetzt zur Mitvollziehung bestimmten Beamten und Angestellten nur einen Sichtvermerk zu zeichnen hätten.

Einer größeren Rechtssicherheit würde es förderlich sein, wenn die Namen der kraft Amtes zur Vollziehung von Verpflichtungserklärungen befugten Personen öffentlich bekannt gemacht würden, wie das bereits in einigen deutschen Gemeindeordnungen vorgeschrieben ist[4]).

Gegen die besondere Bestellung von Beamten und Angestellten zur Vertretung nach außen auf Grund einer schriftlichen Vollmacht (§ 44 Abs. I S. 3) sind vom rechtsbegrifflichen Standpunkt aus Einwendungen zu erheben, weil der Begriff der Vollmacht mit zivilistischen Vorstellungen vorbelastet ist. Vielleicht würde der Ausdruck „Bestallung" die Rechtslage besser treffen.

Die Begrenzung der formfreien Rechtsgeschäfte, wie sie § 45 Abs. III Gem.F.G. enthält, wird beizubehalten sein. Jedoch empfiehlt es sich, im Wege der Ausführungsanweisung oder der Durchf.VO. für bestimmte Größenklassen von Gemeinden einheitlich zu bestimmen, bis zu welcher Wertgrenze Rechtsgeschäfte als „finanziell nicht von erheblicher Bedeutung" anzusehen sind. Die Frage, ob solche Geschäfte „in der Wirtschaft der Gemeinde regelmäßig wiederkehren" oder nicht, ist im allgemeinen ohnehin leichter zu beantworten.

Schafft man im Kommunalrecht Vorschriften, die für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften der Gemeinden gegenüber Dritten von Bedeutung sind, so fordert die Rücksicht auf die Vertragsgegner der Gemeinden und auf die Gemeinden selbst, wie auch das Interesse an der Erleichterung für die zivilgerichtliche Rechtsprechung die übersichtliche Zusammenfassung aller materiellrechtlich bedeutsamen Bestimmungen der Vertretung nach außen in einem besonderen Abschnitt. Dieser Forderung kommt das geltende preußische Recht im Gem.F.G. bereits nach, es läßt sich aber noch ein Uebriges tun.

Der Abschnitt: „Vertretung der Gemeinde nach außen" oder „Teilnahme der Gemeinde am Rechtsverkehr[5]) darf nur materiellrecht-

[4]) So § 66 IV thüring. GO. v. 8. 7. 26; § 143 III u. IV der braunschw. StO. v. 15. 11. 24; § 122 IV Entw. d. SWG.

[5]) Eine Scheidung der Teilnahme der Gemeinden am bürgerlichen und am öffentlichen Rechtsverkehr ist nicht erforderlich. Es spricht nichts dafür, öffentlichrechtliche Verpflichtungsgeschäfte anders zu behandeln als bürgerlichrechtliche.

lich bedeutsame Vorschriften enthalten, er muß aber auch alle umfassen.

Daraus ergibt sich als Folge die Notwendigkeit deutlicher Scheidung zwischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Verwaltungsvorschriften, die die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gemeinden betreffen, gehören ins Gem.F.G., Rechtsvorschriften, die den allgemeinen Verkehr mit außenstehenden Dritten berühren, müssen darin als Fremdkörper erscheinen[6]).

Die Rechtsvorschriften der Vertretung nach außen gehören, vorausgesetzt, daß auch die zukünftige Reichsgemeindeordnung an der Sonderung von Gemeindeverfassungs- und Gemeindefinanzrecht festhält, ins Gemeindeverfassungsgesetz.

Es wird daher vorgeschlagen, sofern auch der Aufbau des preußischen Gem.V.G. in einem reichsrechtlichen Gem.V.G. beibehalten werden soll, die Vertretung der Gemeinde nach außen unter Streichung der Worte im § 27 Abs. II S. 1 Gem.V.G.: „und vertritt die Gemeinde nach außen" in einem neuen 2. Abschnitt des 4. Teiles des Gem.V.G. unter Fortlassung aller haushaltsrechtlichen Verwaltungsvorschriften zusammenzufassen. Diese Bestimmungen müßten, weil sie eben alles für die Vertretung nach außen materiellrechtlich bedeutsame Recht enthalten müßten, auch auf die in § 74 Gem.F.G. erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde wenigstens Bezug nehmen.

6) Dagegen sind keine Bedenken dagegen zu erheben, daß materiellrechtliche Vorschriften über den Rechtsverkehr der Gemeinde mit den eigenen Beamten (so Haftbarkeit der Gemeindebeamten (§ 139 Gem.F.G.) im Gem.F.Gesetz verbleiben.

Literaturverzeichnis.

A. Werke und Abhandlungen.

Appel: Rechtsgeschäfte der preußischen Gemeinden: JW. 1913 S. 531 ff.

Boehm: Ein Beitrag zur Lehre von den Gemeindeverträgen: ArchöffRecht Bd. 21 (1907) S. 222 ff.

Boldt: Stadtverfassung und Stadtverwaltung in Preußen. 1931.

Bühler: Lehrbuch des Steuerrechts. Bd. I: Allgemeines Steuerrecht. 1927.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896 (Carl Haymanns Verlag).

Dernburg: Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. 1894.

Drews: Das neue preußische Gemeindeverfassungsrecht. JW. 1934. S. 197 ff.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I Bd. 1931.

Fischer: Die Vertretung der Stadtgemeinden. PrVerwBl. Bd. 40, S. 259 ff. u. 307 ff.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896/97.

Freisler-Grauert: Das neue Recht in Preußen, Band 2, IIb, Nr. 22: Gemeindeverfassungsgesetz und Nr. 23: Gemeindefinanzgesetz.

Gierke, v., Otto: Deutsches Privatrecht. Bd. I 1895.

Gierke, v., Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Gierke, v., Otto: Das deutsche Genossenschaftsrecht. II. Bd.: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs.

Hamier: Ueber die Tragweite der Formvorschriften für Verpflichtungsurkunden der preuß. Stadt- und Landgemeinden: JW. 1925, S. 1741.

Hausmeister: Der Abschluß verpflichtender Verträge durch Gemeinden: PrVerwBl. Jg. 34 S. 872 ff.

Helfritz: Grundriß des preußischen Kommunalrechts 3. Aufl. 1932.

Helfritz: Die Vertretung der Stadt- und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östl. Provinzen Preußens. 1916.

Heymann, Ernst: Wechselzeichnung der Sparkassen in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der jur. Fakultäten zum 50j. Bestehen des RG. Bd. IV. 1929.

Jansen: Die „Vertretung der Gemeinden nach außen" und die „Formbedürftigkeit der kommunalen Verpflichtungserklärungen" sind Scheinprobleme 1934 (Diss. Köln).

Jebens: Die städtischen Verwaltungsdeputationen. PrVerwBl. Jg. 27 S. 847 ff.

Jellinek, W.: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931.

Klebe: Privatrechtliche Grundlagen für den Geschäftsverkehr der Sparkassen und kommunalen Banken, Berlin 1931.

Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. 5. Aufl. 1875.

Köttgen: Das preußische Gemeindeverfassungsgesetz vom 15. Dezember 1933: VerwArch. 39/113 ff.

Kommentar: der Reichsgerichtsräte I. Bd. 8. Aufl. 1934 (zit.: RGRKomm.).

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.

Korn: Die Uebernahme von Verpflichtungen durch öffentlichrechtliche Körperschaften: PrVerwBl. Bd. 49, S. 115 ff.

Lehmann: Verpflichtende Urkunden der Gemeinden (Gemeindeverbände): Staats- und Selbstverwaltung 11. Jg. S. 356 ff., 384 ff.

Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 1. Aufl. 1921.

Loewe: Die Verpflichtungserklärungen der Kommunalbehörden. Berlin 1929.

Meier, Ernst: Ueber den Abschluß von Staatsverträgen. 1874.

Neubauer-Kleinsorg: Das Stadtverfassungsrecht Deutschlands. 1930.

Neuwiem: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. 1919.

Nolte: Neuordnung der städtischen Gemeindeorganisation in Preußen. 1930.

Nußbaum: Ueber die Gültigkeit der landesgesetzlichen Vor-Vorschriften für Rechtsgeschäfte öffentlichrechtlicher Körperschaften: ArchbürgR. Bd. 21 (1907) S. 1 ff.

Oettich: Die Rechtsstellung des Bürgermeisters im sächsischen Gemeinderecht. 1930.

Peters: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung. 1926.

Preuß: Das städtische Amtsrecht in Preußen. 1902.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1897 (Guttentag).

Reichsstädteordnung: Entwurf und Begründung. Berlin 1930. 2. Aufl.

Referentenentwurf: a) eines Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung.
b) eines Gesetzes zur Einführung des Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung und die allgemeine Selbstverwaltung.
c) Wegweiser. 2. Aufl. 1931.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. I. Bd. 1899.

Richter: Sind Verträge mit Gemeinden, die der in den Gemeindeverfassungen vorgeschriebenen Form oder Genehmigung entbehren, nichtig? RuPr.-VerwBl. Bd. 52 S. 685 ff.

Schneider: Mündliche Verträge preußischer Ortsbehörden. VerwArch. Bd. 15 (1907) S. 247 ff.

Schoen: Das Recht der Kommunalverbände in Preußen. 1897.

Schreiber: Formzwang und Legitimation bei den verpflichtenden Willenserklärungen der kommunalen und kirchlichen Körperschaften. Zeitschr. d. deutsch. Notarvereins. Jg. 11 (1911) S. 495 ff., 583 ff.

Stier-Somlo: Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen. 2. Aufl. 1928.

Trumpler: Zur Neuregelung des Haushaltsrechts in den preußischen Großstädten unter besonderer Berücksichtigung des Haushaltsrechts der Stadt Frankfurt a./M. 1930.

Voß: Die Verpflichtungsgeschäfte von Kommunalverbänden. JW. 1933 S. 1929 f.

Wacke: Das Dienstrecht der Behördenangestellten. 1932.

Weigert: Die verpflichtenden Rechtsgeschäfte der rhein. Landgemeinden. PrVerwBl. 36 S. 22 f.

Wolff, Hans J.: Organschaft und Juristische Person, Bd. I 1933, Bd. II 1934.

B. Kommentare zu den preußischen Gemeindeordnungen.

Antoni: Landgemeindeordnung für die Provinz Hessen-Nassau. 5. Aufl. 1931.

Bleek und Loschelder: Die Landgemeindeordnungen für die östl. Provinzen vom 3. Juli 1891. (zit.: östl. LGO.).

Dierkes-Kleinsorg: Kommentar der westlichen Städteordnungen Preußens. 1933.
Genzmer: Die Landgemeindeordnung. 3. Aufl. 1908.
Gerstmeyer: Städteordnung für die Provinz Schleswig-Holstein vom 14. April 1869. 2. Aufl. 1913.
Hardenberg-Mosheim: Das Gemeindeverfassungsrecht der Stadt Berlin 1931.
Helfritz: in: von Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen, VII. Bd. 19. Aufl. 1930.
Keil: Die Landgemeinde-Ordnung für die 7 östlichen Provinzen. 1896.
Ledermann-Brühl: Die Städteordnung für die sechs östl. Provinzen vom 30. Mai 1853.
Loschelder: Die Städteordnung für die östl. Provinzen vom 30. Mai 1853. 1931.
v. Lympius-Küchenhoff: Gemeindeverfassungsgesetz und Gemeindefinanzgesetz vom 15. Dez. 1933. 1934.
Maull: Die Städteordnungen Preußens. 1927.
Maull: Die Landgemeindeordnungen Preußens.
Mauve: in: von Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen: Ergänzungsband für die Provinz Hessen-Nassau. 2. Aufl. 1911.
Oertel: Die Städte-Ordnung für die sechs östl. Provinzen der Preuß. Monarchie vom 30. V. 1853. 7. Aufl. 1931.
Schmidt-Odenbreit: Die Verfassung der rheinisch-westfälischen Landgemeinden und Aemter. 4. Aufl. 1931.

C. Zeitschriften, Gesetz- und Entscheidungssammlungen.

ArchbürgR. = Archiv für Bürgerliches Recht.
ArchöR. = Archiv für öffentliches Recht.
BankArch. = Bankarchiv.
OVGE. = Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHGE. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
DJ. = Deutsche Justiz.
GruchBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
HRR. = Höchstrichterliche Rechtsprechung.

KGJ.	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
MinBl.f.i.Verw.	= Ministerialblatt für die Preußische innere Verwaltung. Teil I.
GS.	= Preußische Gesetzsammlung.
PrVerwBl.	= Preußisches Verwaltungsblatt.
OLGE.	= Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
RGBl. I.	= Reichsgesetzblatt, Teil I.
RVerwBl. u. Pr.VerwBl.	= Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt.
Schlesw.-Holst.Anz.	= Schleswig-Holsteinischer Anzeiger.
StriethorstArch.	= Striethorst Archiv.
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv.
ZDNot.	= Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Kurt August Krüger, am 28. März 1909 zu Lübeck als Sohn des staatlichen Baumeisters Christian Krüger und seiner Ehefrau Anna, geb. Gunkel. Ich besitze die deutsche Reichsangehörigkeit und bin römisch-katholischer Religion.

Ich besuchte zunächst zwei Jahre lang die katholische Volksschule in Lübeck und danach das humanistische Gymnasium Katharineum daselbst, das ich am 11. März 1927 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf lag ich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften ob, und zwar vom S.S. 1927 bis zum S.S. 1928 an der Universität in München, im WS. 1928/1929 in Genf, vom S.S. 1929 bis zum SS. 1930 in Münster i. W. Am 24. Jan. 1931 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Hamm i. W. die erste juristische Staatsprüfung. Nach meiner Ernennung zum Referendar bin ich zur weiteren Ausbildung an Gerichten in Bad Oldesloe, Altona/Elbe, Lübeck, Münster i. W. und Hamm i. W. beschäftigt worden. Zur Zeit stehe ich vor dem Abschluß des juristischen Vorbereitungsdienstes.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 24. Juli 1934 statt.